This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

FRANC

TRAITÉ DE LA POSSESSION

EN DROIT ROMAIN.

Déposé au vœu de la loi.

BRUXELLES. — TYP. BRUYLANT-CHRISTOPHE ET C^ie^, RUE BLAES, 33.

2239. 81

TRAITÉ

DE LA

POSSESSION

EN DROIT ROMAIN

PAR

Frédéric Charles de Savigny.

TRADUIT DE L'ALLEMAND

PAR

HENRI STAEDTLER,

DOCTEUR EN DROIT ROMAIN,

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LOUVAIN,

SUR LA

SEPTIÈME ÉDITION ORIGINALE,

PUBLIÉE D'APRÈS LES NOTES LAISSÉES PAR L'AUTEUR

ET AUGMENTÉE D'UN APPENDICE SUR L'ÉTAT ACTUEL DE LA DOCTRINE,

Par M. Ad. Fr. RUDORFF,

Conseiller intime de justice,
Professeur ordinaire à la faculté de droit de l'Université de Berlin,
Membre de l'Académie des sciences de Berlin.

Deuxième édition, revue et corrigée.

8°

PARIS.

A. DURAND & PEDONE LAURIEL, LIBRAIRES-ÉDITEURS,

9, RUE CUJAS.

1870

PRÉFACE DU TRADUCTEUR.

La première édition de notre traduction du célèbre *Traité de la possession en droit romain*, par M. de Savigny, s'étant écoulée plus rapidement que nous n'avions osé l'espérer, nous en publions aujourd'hui une seconde édition, que nous avons revue avec soin et retouchée dans plusieurs endroits. Nous avons en même temps complété la table des sources et changé, sous un rapport, la distribution des matières. Dans notre première édition, les additions et notes préparées par M. de Savigny pour une septième édition originale que la mort l'empêcha d'achever, furent réunies dans un supplément à la fin de l'ouvrage parce que cette septième édition, publiée, après la mort de l'auteur, par les soins de M. le professeur Rudorff, l'un de ses disciples préférés, ne parvint à notre connaissance que lorsque notre traduction, faite sur la sixième édition originale, était achevée et déjà imprimée en majeure partie. Aujourd'hui nous avons inséré ces addi-

tions et ces notes dans le corps même de l'ouvrage, chacune à la place que M. de Savigny lui avait destinée; sous ce rapport donc aussi, notre travail est maintenant l'exacte reproduction de l'édition allemande de M. le professeur Rudorff.

Quant à l'appendice, dans lequel ce savant, pour donner un tableau fidèle de l'état actuel de la doctrine sur cette matière, résume et discute tous les écrits qui ont paru sur la possession depuis la publication de la sixième édition, nous nous sommes d'abord demandé si une traduction complète de cet important travail, qui s'occupe presque uniquement d'ouvrages allemands, présenterait assez d'intérêt pour le lecteur français. Nous nous sommes néanmoins décidé à n'en rien supprimer, persuadé que ceux qui étudient sérieusement le droit romain ne peuvent être indifférents à rien de ce qui se publie sur une partie de la doctrine si difficile et si controversée, et qu'ils nous sauront d'ailleurs gré d'attirer leur attention sur l'extrême activité littéraire de l'Allemagne en tout ce qui tient au droit romain. Les subdivisions de cet appendice suivent fidèlement l'ordre de l'ouvrage de M. de Savigny, et nous renvoyons, en tête de chaque numéro, à l'endroit de cet ouvrage auquel se rapportent l'article et les opinions qui y sont discutées.

On s'accordera du reste à reconnaître, avec M. Rudorff, que le grand nombre d'écrits dont il rend compte n'ont guère conduit à des résultats nouveaux et importants, et n'ont pu modifier sous aucun rapport essentiel la théorie de M. de Savigny. C'est là, pensons-nous, le témoignage le plus éclatant en faveur de l'excellence du présent ouvrage. Dès le début de sa longue et brillante carrière, M. de Savigny se

plaça, par son *Traité de la possession*, à la hauteur à laquelle il a su se maintenir pendant plus d'un demi-siècle. Des ouvrages plus importants ont suivi celui-ci et ont illustré davantage leur auteur; mais il conserva toujours une prédilection marquée pour celui de ses écrits qui l'avait introduit dans le monde savant. Pour s'en convaincre, il suffit de remarquer avec quel soin particulier il a toujours indiqué, dans le cours des six éditions publiées de son vivant, les modifications et additions par lesquelles chaque édition subséquente se distingue de celle qui l'a précédée. Il nous fait ainsi assister en quelque sorte au travail de son esprit, et nous devenons comme les confidents des études de celui qu'une voix éloquente a proclamé, récemment encore, « éminent par l'érudition, profond dans la doctrine, célèbre « par les œuvres, immortel par le talent (1). »

(1) *Notice historique sur la vie et les travaux de M. de Savigny*, lue par M. Mignet dans la séance de l'Académie des sciences morales et politiques du 11 février 1865.

PRÉFACES DE L'AUTEUR.

Préface de la quatrième édition.

La bienveillance avec laquelle cet ouvrage fut accueilli dès sa première apparition me fait espérer qu'on ne lira pas sans quelque intérêt les notes suivantes sur son origine et ses destinées.

Tant que le système complet du droit romain fut presque partout enseigné selon l'ordre des livres et des titres des Pandectes, il arriva bien souvent que les matières qui se trouvent accidentellement reléguées dans les derniers livres des Pandectes étaient expédiées avec une brièveté peu en proportion avec les soins qu'on accordait aux autres parties. Pour remédier à cet inconvénient, je donnai à Marbourg, pendant l'été de 1801, un cours particulier sur les dix derniers livres des Pandectes. Pendant que, pour ce travail, je puisais immédia-

tement aux sources, la possession attirait surtout mon attention, et il me semblait que les idées et les opinions dominantes sur cette matière pouvaient être considérablement rectifiées en s'appuyant sur les textes. Mon professeur, M. Weis, à qui je fis part de ma manière de voir, m'encouragea de son approbation et m'excita à publier un ouvrage spécial sur cette matière, également intéressante par sa difficulté et par son importance pratique. D'autres travaux retardèrent l'exécution de ce projet jusqu'en hiver 1802, époque où je commençai à m'en occuper sans discontinuer.

La première édition parut en 1803, dans le même format et chez le même éditeur que les éditions subséquentes. Elle contenait XXXII et 495 pages.

Les jugements parvenus à ma connaissance sont les suivants :

Göttinger Anzeigen, 1804, n° 30 (par Hugo).
Hallische Literaturzeitung, 1804, n^{os} 41-43 (par Thibaut).
Neue allgemeine deutsche Bibliothek, vol. 104, p. 186.
Juridisches Archiv, vol. 4, p. 397-419. Tubingen, 1804.

La seconde édition, contenant XXXVI et 560 pages, parut en 1806. Les corrections et les additions par lesquelles elle se distinguait de la première furent imprimées séparément; il est donc inutile d'en donner ici le détail.

Des jugements sur cette édition se trouvent dans :

Göttinger Anzeigen, 1807, n° 191 (par Hugo).
Ergänzungsblätter zur Hallischen Literaturzeitung, 1806, n° 44 (par Thibaut).
Oberdeutsche Literaturzeitung, 1808, n^{os} 82, 83.

La troisième édition, publiée en 1818, comptait XL et 600 pages. A cette édition fut joint pour la première fois un index des sources, que M. le conseiller aulique Mackeldey, alors professeur à Marbourg, fit rédiger, sous sa surveillance, par M. Bickel, étudiant en droit. Les endroits de cette troisième édition auxquels se trouvent des modifications et des additions essentielles sont au nombre de cinquante-quatre (1).

Un jugement sur cette édition parut dans les *Göttinger Anzeigen*, 1818, n° 156 (par Hugo).

Dans la présente édition, les modifications et les additions sont partout indiquées comme telles à la place même où elles se trouvent. Je n'ai donc pas besoin de les récapituler ici. Le plus grand nombre s'en trouve dans la quatrième section.

Berlin, juillet 1822.

Préface de la cinquième édition.

Dans la présente édition, les nouvelles additions, à l'exception des simples notices littéraires et autres renseignements de ce genre, ont été, comme dans la précédente, spécialement indiquées chacune à la place où elle se trouve.

Berlin, juin 1826.

(1) L'auteur en indique les pages. Nous croyons inutile de les reproduire. (Note du traducteur.)

Préface de la sixième édition.

Les nouvelles additions sont spécialement indiquées dans cette sixième édition comme elles l'étaient dans les deux éditions précédentes, mais elles sont, cette fois, plus nombreuses et plus étendues. Les plus importantes se trouvent aux §§ 6, 7, 9, 10, 35, 37, 40, 41, 44, 46, 50, 51.

Berlin, juillet 1836.

Préface de l'éditeur de la septième édition.

Les additions de la septième édition sont de deux espèces différentes :

Premièrement : additions de l'auteur. Elles ont été indiquées et insérées chacune à sa place comme dans les éditions précédentes. Les principales concernent les §§ 6, 7, 21, 27 et 47.

Deuxièmement : additions de l'éditeur. Afin de ne pas rompre l'harmonie de l'ouvrage de M. de Savigny par le grand nombre et l'étendue de ces additions, et pour comprendre en un seul tous les résultats des travaux les plus récents sur la possession, nous avons préféré les réunir toutes dans un appendice, plutôt que de les disséminer dans le corps de l'ouvrage.

Berlin, novembre 1864.

L'éditeur.

INTRODUCTION.

I. INDICATION DES SOURCES.

1. Gaji *Institutiones*, lib. 2, §§ 89, 90, 94, 95.
   — — lib. 4, §§ 138-170.
2. Ulpiani *Institutionum* lib. 1, *fragm.* 2, § 1; *fragm.* 4. 5.
3. Fragmenta Vaticana, §§ 90, 91, 92, 93, 293, 311, 312, 314.
4. *Collection visigothique :*
   A. Pauli *Sentent. recept.*, lib. 5, tit. 2 (*de usucapione*), §§ 1, 2.
   — — — lib. 5, tit. 6, *de interdictis.* (Ed. Hugo, Berol., 1795, in-8°.)
   B. Codicis Theodosiani lib. 4, tit. 22, *unde vi.*
   — — lib. 4, tit. 23, *utrubi* (1). (Ed. Ritter, Lips., 1736, in-fol.)
5. Institutionum lib. 4, tit. 15, *de interdictis*, §§ 4, 5, 6.
6. Digestorum lib. 41, tit. 2, *de adquirenda vel amittenda possessione.*
   — lib. 43, tit. 16 (2), *de vi, et de vi armatâ.*

(1) C'est ainsi qu'il faut lire, d'après le contexte et le contenu de ce titre. Les manuscrits disent : *utrumvi.*

(2) Dans toutes les anciennes éditions, comme aussi dans celle de Haloander, le chiffre de ce titre et de ceux qui suivent est de *un* inférieur au mien. C'est qu'on y comprend dans un seul titre les titres 10 et 11 du manuscrit de Florence.

6. DIGESTORUM lib. 43, tit. 17, *uti possidetis.*
— lib. 43, tit. 18, *de superficiebus.*
— lib. 43, tit. 19, *de itinere actuque privato.*
— lib. 43, tit. 20, *de aqua quotidiana et æstiva.*
— lib. 43, tit. 21, *de rivis.*
— lib. 43, tit. 22, *de fonte.*
— lib. 43, tit. 23, *de cloacis.*
— lib. 43, tit. 26, *de precario.*
— lib. 43, tit. 31, *de utrubi.*
7. CODICIS lib. 7, tit. 32, *de adquirenda et retinenda possessione.*
— lib. 8, tit. 4, *unde vi.*
— lib. 8, tit. 5, *si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio.*
— lib. 8, tit. 6, *uti possidetis.*
— lib. 8, tit. 9, *de precario et Salviano interdicto.*

Pour les Institutes, les Pandectes et le Code, nous avons partout suivi l'édition de Gebauer et de Spangenberg, à moins que nous n'en ayons spécialement indiqué une autre, ce que nous n'avons, du reste, fait que lorsque notre matière le rendait nécessaire. Comme quelques citations revenaient un grand nombre de fois, nous nous sommes servi d'abréviations qu'il convient de mentionner ici :

Cod. Rehd. — Manuscrit de Rehdiger du *Dig. novum*, dont Gebauer a donné des extraits dans ses notes.
Cod. Lips. — Très-beau manuscrit de la bibliothèque du conseil à Leipzig; le *Dig. novum* s'y trouve avec des inscriptions et des gloses antérieures à Accurse.

Dans quelques endroits, nous faisons mention d'un manuscrit du *Dig. novum* qui se trouve à *Louvain*. Il appartient à M. l'avocat Van Meenen, et c'est à M. le professeur Warnkœnig que je dois la communication des passages que j'en cite (1).

(1) Depuis la mort de M. Van Meenen, ce manuscrit fait partie de la Bibliothèque royale à Bruxelles, section des manuscrits. (Note du traducteur.)

Rom. 1476. — DIGESTUM NOVUM. « *Rome apud sanctum Marcum (per Vitum Puecher). Anno a nativitate Dni. MCCCC. septuagesimo sexto, die penultima mensis Marcii.* » Fol. max.

Nor. 1483. — DIGESTUM NOVUM. « *Impensis Anthonii Koburger Nurenberge feliciter est consummatum. Anno Xpiane salutis millesimo quadringentesimo octuagesimo tertio. Duodecimo kalendas majas.* » Fol. min.

Ven. 1485. — DIGESTUM NOVUM. « *Mira arte Venetiis impressum impensis Bernardini de Novaria, et Antonii de Stanchis de Valentia. Anno MCCCC.LXXXV, die vero undecimo mensis Maji.* » Fol. max.

Ven. 1491. — DIGESTUM NOVUM. « *Explicit liber sede ptis Digesti novi... Venetiis impressus : arte et impensis Andrea calabren. de Papia. Anno Dni. MCCCCLXXXXI, die ultimo Aprilis.* » Fol. max.

Ven. 1494. — DIGESTUM NOVUM. « *Venetiis per Baptistam de Tortis, MCCCC.LXXXXIIIJ, die* XXIIJ *Decembris.* » Fol. max.

Lugd. 1508. — DIGESTUM NOVUM. « *Impressum Lugduni per notabilem virum artis impressoriæ magistrum Jacobum Saccon. Anno salutiferæ incarnationis Dnice, MCCCCCVIII, die vero Martii* XVI. » Fol.

Lugd. 1509. — DIGESTUM NOVUM. (Le titre est le même que le précédent.) *MCCCCCIX, die vero* XXIJ *Novembris.* Fol.

Lugd. 1518. — DIGESTUM NOVUM « *Impressum Lugduni per Franciscum Fradin. Anno Dni. millesimo CCCCCXIIJ, die* v° XIIIJ *mensis Novembris.* » Fol.

Paris, 1514. — DIGESTUM NOVUM. « *Impressum ex denuo in inclyta Parrhisiorum academia : ad idus decemb. M D.XIIIJ. Opera et vigilantia quidem mea : impensis autem et meis ac Joannis Petit.* » In 4°.

Lugd. 1519. — DIGESTUM NOVUM. « *ap. Franc. Fradin, impensis Aymonis de Porta*, 1519, *d.* 20 *Aug.* Fol.

Hal. — DIGESTA *cura Haloandri, Norimbergæ*, 1529. In-4°. Gebauer y a puisé des citations.)

Paris. 1536. — DIGESTUM NOVUM... *Parisiis... M.D.XXXVI.* In-4°. *In fine :* « *Pandecte imperatoris Justiniani... Excuse... in alma Parisiorum Academia : in idibus honestissime matrone Yolande Bonhomme, vidue spectabilis viri Thielmanni Kerver impensis suis... M.D.XXXV.*

A ces sources particulières sur la possession, il faut ajouter

celles qui se rapportent à l'occupation, à la tradition et à l'usucapion.

II. BIBLIOGRAPHIE.

Les ouvrages qui traitent de cette partie du droit civil sont de deux espèces. La première s'occupe de l'interprétation des sources, la seconde du système (1). La ligne de démarcation entre ces deux classes d'ouvrages peut en même temps être considérée comme une division chronologique dans laquelle le seizième siècle formerait la limite; seulement il ne faut pas prendre ceci trop à la lettre, car chronologiquement la fin de la première classe et le commencement de la seconde se confondent.

Première classe : Interprètes.

1. La *glose* sur les parties du *corpus juris*, citées plus haut comme sources.

Un très-grand nombre des opinions et des controverses postérieures se trouvent déjà dans la glose ; aussi l'importance particulière de celle-ci s'explique facilement par la nature même de la matière, dans laquelle il importait bien plus de connaître à fond les collections justiniennes que d'y appliquer des connaissances historiques. Pour apprécier combien il est à regretter que nous n'ayons conservé des travaux des glossateurs presque rien que les mauvais extraits qu'en a faits Accurse, il suffit de prendre connaissance du peu que nous ont laissé dans ce genre Placentin († 1192), Azo († après 1230), Roffredus († après 1243) et Odofredus († 1265) dans les écrits suivants :

PLACENTINI *Summa in Cod.*, lib. 7, tit. 32 (ici 35), p. 328-333;

(1) Il va sans dire que chaque auteur doit être classé d'après son principal ouvrage, et que tous ses autres écrits doivent être cités en même temps que celui-ci.

lib. 8, tit. 4-6, p. 373-377; lib. 8, tit. 9 (ici 11), p. 379-380. Ed. Mogunt, 1536, fol.

AZONIS *Summa in Cod., titt. citt. fol.* 134-135, 145-149. Edit. (Lugd.) 1537, fol.

AZONIS *Ad singulas leges XII librorum Cod. Just. commentarius et magnus apparatus.* Paris, 1577, fol.

La plus grande partie de la glose du Code est prise dans cet ouvrage. Lib. 7, tit. 32, p. 567-571; lib. 8, tit. 4-6; tit. 9, p. 615-624.

ROFFREDI *Tractatus judiciarii ordinis*, p. 2, 8. (Voy., plus bas, au commencement de la quatrième section.)

ODOFREDI *Prælect. in Dig. novum.* Lugduni, 1552, fol. 51-65, 100-104. *Et in secundam partem Codicis.* Lugduni, 1549, fol. 103-109, 140-148.

2. Les *commentateurs* depuis Accurse jusqu'à la fin du quinzième siècle.

Ces ouvrages sont bien moins utiles que les précédents pour l'étude de la matière, mais ils ont de l'importance pour l'histoire des doctrines, surtout de celles de l'école française qui vient immédiatement après, et sous ce rapport on est loin d'en avoir assez tiré parti.

3. UDALR. ZASIUS († 1535). — Son cours sur une partie du titre des Pandectes *de possessione* a été imprimé pour la première fois, avec plusieurs autres écrits : Basil., 1543, fol., ensuite : Opp., tom. 3 (Francof., 1590 f), pag. 78-161.

4. ANDR. ALCIATUS († 1550). Ses leçons sur neuf passages du titre des Pandectes *de possessione* se trouvent : Opp., tit. 1 (éd. Francof. 1617 f.), p. 1188-1263. — Il faut y ajouter :

De quinque pedum præscr. num. 76-119 (tit. 3, p. 350).
Comm. in L. 115, *de v. s.* (tom. 2, p. 987).
Dispunct. L. 1. cap. 1 (tom. 4, p. 143).
On sait que c'est avec Zasius et Alciat que commence un meilleur goût dans la manière de traiter le droit civil; mais cette amélioration ne se fait guère encore remarquer dans les leçons exégétiques.

5. ÆMYL. FERRETUS († 1552). — Ses leçons sur trois passages du même titre des Pandectes (L. 1, 3, 12), dans lesquelles le reste a été accidentellement intercalé, se trouvent : Opp., t. 1 (Francof., 1598, 4), pag. 514-630. A la fin se trouve : *finis* 1551.

Un peu lourd et diffus, mais non pas sans des vues nouvelles.

6. FRANC. DUARENUS († 1559). — Son cours, extrêmement approfondi, embrassait tout le titre des Pandectes, mais il ne nous en reste que l'interprétation des onze premiers fragments; ils se trouvent : Opp. (Lugd., 1584, f.), pag. 819-872; ces leçons ont été données après 1549, car Ulpien y est cité. — Il faut y ajouter :

Comm. in tit. de adq. vel amitt. poss. (p. 816-818). — C'est un abrégé systématique de la doctrine.
Disput. annivers., lib. 1, c. 18, p. 1385.

7. BARTH. ROMULEUS (depuis 1548, professeur à Ingolstadt. *Mederer. ann. Ingolst. I*, 207). — *Comm. s. repet. ad rubr. et L.* 1 (princ.) *de acq. vel amitt. poss. Lugd.* 1561. 8. — Extrêmement diffus et dépourvu de goût (1).

8. JOAN. CORASIUS († 1572). — L'auteur ne parle que de deux passages du titre (Opp. ed. Forster, Vitemb., 1603, f., T. 1, p. 918-968) et ce qu'il dit est assez insignifiant.

9. JAC. CUJACIUS († 1590). — Il a interprété la majeure partie des sources sur cette doctrine, mais son interprétation est moins approfondie que celle de Duarein, et trop souvent peu satisfaisante. La mobilité de ses opinions se trahit aussi dans cette matière; il ne sera donc pas superflu de citer ici, autant que possible dans un ordre chronologique, tout ce qui s'y rapporte dans ses écrits. Les pages sont indiquées d'après

(1) La mention de Romuleus a été ajoutée dans la quatrième édition.

les deux éditions napolitaines de ses œuvres complètes (1722 et 1758, 10 volumes de texte et un volume d'index, fol.) ; ce qui est marqué d'un * n'a été imprimé qu'après sa mort et contre son gré :

1556. *Notæ prioris in* § 4, *I. per quas personas* et §§ 4-6, *I. de interd.* (t. 1, p. 94, 284-285).
1556. *Observ.* I, 20; II, 35. — Ces observations ne se rapportent qu'à quelques passages ou à des questions spéciales. Elles se trouvent toutes dans le troisième volume de la collection.
1557. *Notæ in* PAULI *Sent. recept.*, lib. 5, tit. 2 et 6. (Tit. 1, p. 469, 478.)
1559. *Observ.* IV, 3, 7, 8, 11.
1562. *Observ.* V, 15, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 27.
1564. *Observ.* VI, 4; VII, 38.
1569. *Observ.* IX, 32, 33.
1569. *Paratit. in Dig.* XLI, 2. (Tit. 1, p. 843, avec des notes de Fabrot.)
1573. *African. Tr.* 7, L. 40; *Dig., de poss.* (t. 1, p. 1401).
1577. *Observ.* XVII, 2. (Imprimé pour la première fois dans *Opp. Paris. ap Nivell.* 1577, fol., t. 5.)
1579. *Observ.* XVIII, 23.
1579. *Paratit. in Cod.* VII, 32; VIII, 4, 5, 6, 9. (T. 2, p. 471, 528-530, 532, avec des notes de Fabrot.)
*1584-1585. *Recitat. in* PAULI (1) *comm. ad Ed.* (t. 5). Dans les passages qui se rapportent à notre matière; surtout : L. 1, 3, Dig., *de poss.*, p. 690-719.
1585. *Notæ posteriores in* § 4. *I. per quas pers.*, et §§ 4-6, *I. de interd.* (T. 1, p. 94, 284, 285.)
1585. *Observ.* XXIII, 21; XXIV, 9, 10, 11, 12.
*1588. *Recitationes in tit. Dig. de adq. vel amitt. poss.* (t. 8, p. 236-815). — Pour la première fois, et mieux que dans la collection des Œuvres, *Spiræ*, 1594, in-4°.
(? *Observ.* XXV, 5, 32, 33, 34; XXVII, 7, 22.) — Imprimé pour la première fois en 1595.
*? *Notæ in Dig.*, XLI, 2. (T. 10, p. 512.)
*? *Notæ in Cod.*, VII, 32; VIII, 4. (T. 10, p. 691, 697, 698.)
*? *Recitat. in singg. LL. Cod.* (T. 9), VII, 32 (p. 1004-1019); VIII,

(1) Les leçons sur Papinien (T. 4), Julien, etc., etc. (T. 6) ont ici moins d'importance parce que les textes mêmes en ont moins.

4, 5, 6, 9 (p. 1148-1173). — Cet écrit, comme les deux précédents, fut imprimé pour la première fois en 1597.

†† *Comment. s. Scholia in Institutiones, ad* § 4. *I. per quas pers.* (T. 8, p. 690.) — Imprimé pour la première fois en 1658.

10. Jul. a Beyma († 1588). Ses leçons très-insignifiantes sur le titre du Digeste et du Code se trouvent dans : *Comm. in varios titulos juris. Leovard.* 1645, 4 (321-408, p. 409-427).

11. Hubertus Giphanius († 1604). L'interprète le plus profond et le plus complet; les cahiers de ses élèves, d'après lesquels presque tout a été imprimé, semblent avoir été très-incomplets, et l'impression elle-même s'est faite très-négligemment. Voici les textes qu'il a interprétés :

Tit. Dig. de adq. vel amitt. poss. (*lecturæ Altorphiæ. Francof.*, 1605, 4, p. 394-526).

Tit. Cod. de adquir. et retin. poss. (*ibid.*, p. 526-537).

Ej. tit. L. 3 (*Explanatio Codicis, Colon. Planc.*, 1614, 4. P. 2, p. 242-244.

Lib. 8, Cod., *Proleg. de remed. poss.* (*ibid.*, p. 257-269).

Tit. Cod., unde vi (*ibid.*, p. 276-298).

Tit. Cod., uti possidetis (*ibid.*, p. 298-308).

§§ 4-6, I. *de interdictis* (*Comm. in Institut. Francof.*, 1606, 4. p. 431 435.

Joignez-y encore :

Antinom. jur. civ., lib. 4, *Disp.* 48, *de interdictis* (*Francof.*, 1605, 4, p. 263-277) — Toutefois, l'authenticité des passages qu'on y attribue à Giphanius est encore plus problématique que dans ses leçons exégétiques.

12. Guil. Maranus († 1621). — Ses œuvres (*ed. Traj.* 1741, f.) renferment, outre une introduction insignifiante relative à cette matière (p. 473-475), un commentaire sur les trois premiers fragments du titre des Pandectes (p. 599-613). Ce commentaire ne renferme pas grand'chose.

Deuxième classe : Auteurs systématiques.

Placentin et Azon (*num.* 1) donnèrent déjà un aperçu sommaire, *summa*, de cette matière, en guise d'introduction à l'in-

terprétation des textes; Duarein et plusieurs autres suivirent leur exemple. Nous ne voulons cependant nommer ici que les auteurs qui se proposaient pour but l'exposé même de la théorie, qu'ils l'aient d'ailleurs exposée en entier, ou qu'ils n'aient voulu que la compléter sous un rapport spécial, comme Merenda et Cuperus, par exemple, pourvu que le résultat obtenu présente une certaine importance (1). Mais cette restriction ne saurait s'appliquer aux ouvrages les plus récents, sur la valeur scientifique desquels les auteurs postérieurs ne se sont pas encore prononcés. Quant aux ouvrages qui embrassent tout le droit civil, nous pouvons à peu près les passer complétement sous silence, parce qu'ils nous apprennent rarement quelque chose de nouveau sur l'une ou l'autre matière spéciale.

13. Vaconii a Vacuna *novæ declarationes*, *Romæ*, 1556, 4°, *lib.* 2. *Declar.* 56-92, f. 52-102.

Tout l'ouvrage a été écrit par un auditeur d'après les leçons orales du maître; le second livre contient une série de dissertations sur la possession, qui manquent non pas de science, mais de clarté et de précision.

14. Georg. Obrecht († 1612) : *Methodica tractatio.... tituli Dig. et Cod. de adq. poss., in tres partes atque disputationes distincta.* D'abord (d'après Lipenius) : *Argentor.*, 1580. Plus tard dans : *Disputat. Ursellis*, 1603, 4°. P. 1, *num.* 25 (p. 517-571).

La première des trois *disputationes* (*cap.* 1-5) traite de la notion de la possession; la seconde (*cap.* 6-13), de l'acquisition; la troisième (*cap.* 14-19), de la perte de la possession. — C'est un ouvrage fort utile tant à cause de la méthode simple

(1) Le dix-septième siècle est particulièrement riche en dissertations auxquelles ce serait faire beaucoup trop d'honneur que de dire de chacune en particulier qu'elle ne signifie rien.

et facile qu'à raison des idées très-justes qui lui servent de fondement.

15. Hugo Donellus († 1591). Nous avons à citer ici :

Commentarii J. Civ., *lib.* 5, *cap.* 6-13 (sur la possession elle-même), p. 183-198; *lib.* 15, *cap.* 32-38 (sur les interdits), p. 799-816. Les onze premiers livres parurent d'abord à Francfort en 1589 et 1590, 2 vol. f.; l'ouvrage complet parut ensuite à Francfort, 1595-1597, 5 vol. f. L'indication des pages se réfère à l'édition de Hanau, 1612, 1 vol. fol.

Ajoutez :

Comm. in Cod., *lib.* 8, *tit.* 4, 5, 6 (p. 265-285, f.); sans grande importance.

L'exposé que cet auteur donne de la théorie de la possession est excellent; il est même le seul qui ait indiqué et développé le lien entre cette théorie et l'ensemble du système du droit civil. Ces parties intégrantes d'un ouvrage plus vaste ne pouvaient renfermer de dissertations proprement dites; cependant il est impossible de méconnaître qu'elles ont précédé le reste de l'ouvrage. Sa théorie est d'ailleurs en même temps une des plus connues et une des moins connues qu'il y ait. Certaines de ses propositions sont citées à tout propos; mais l'exposé de l'ensemble, mérite principal de l'auteur, passe généralement inaperçu; Hillieer en a même publié un extrait annoté, afin de confirmer en quelque sorte cette manière très-fausse d'user de cet ouvrage.

16. P. Friderus Mindanus († 1616). Ouvrages :

Comm. synopt. de materia possessionis, *Francof.*, 1597, 8°.

Tr. de interdictis, *Francof.*, 1616, 4°.

L'un et l'autre imprimés ensemble d'une manière très-fautive à Wetzlar, 1731, 4°.

Frider manifeste partout l'intention de donner le jour à un système tout nouveau en matière de possession, et il semble

même vouloir atteindre ce but par des recherches savantes. Mais il n'est peut-être pas d'ouvrage en cette matière qui renferme moins de vérités et plus d'erreurs; et ce n'est pas lui faire tort que de le déclarer dénué de toute utilité. Cependant il paraît que l'on n'a pas toujours pensé ainsi, car des auteurs postérieurs l'ont souvent mis fort à contribution.

17. ALEX. TURAMINUS. — Son livre *De vera possessionis substantia, ad Paulum in lib.* 3, § *ex contr. de poss.*, renferme des recherches diffuses et de peu de valeur sur la notion et la nature de la possession. Il parut d'abord à Ferrare, 1604, et se trouve dans ses œuvres, *Venise*, 1769, f., p. 233-299.

18. *Notarum juris selectarum liber, ex subsecivis* FR. DAVY DARGENTÉ, *Antecessoris Andegavensis. Juliomagi Andium, ap. G. Chesneau*, 1615, 4°. — Les 86 premières feuilles de ce livre renferment une théorie de la possession qui est assez bien conçue, mais peu profonde.

19. ANTON. MERENDA († 1655). — Ses *Controversiæ juris* parurent par fragments à partir de 1625. Voici comment se subdivise la dernière édition (*Bruxellis*, 1745, 1746, f.) : Tome 1er (1745), *lib.* 1-6; t. 2 (1745), *lib.* 7-12; t. 3 (1746), *lib.* 13-18; t. 4 (1746), *lib.* 19-23; t. 5 (1746), *lib.* 24.

Il faut citer comme se rapportant à notre matière :

Lib. 2, cap. 16-21, 32. — Lib. 3, cap. 19-21. — Lib. 6, cap. 25. — Lib. 12, cap. 1-29. — Lib. 19, cap. 24. — Lib. 24, cap. 35, 39, 45.

Merenda rattache toute la théorie de la possession à l'état de civilisation des peuples nomades. La manière dont ils s'assujettissaient le sol constitue ce que nous appelons la possession, et des motifs politiques auraient fait conserver cette institution, alors que l'agriculture eut donné lieu à la propriété foncière proprement dite. Tout cela est sans doute erroné; cependant deux choses ne doivent pas être perdues de vue : d'abord que

l'erreur même résulte de la recherche vraiment sérieuse d'un point de départ systématique; ensuite que, indépendamment de cette erreur, Merenda connaissait à fond le droit romain qu'il cherche à concilier d'une manière fort habile avec cette erreur, et cette connaissance sérieuse le rend toujours encore fort utile.

20. Marc. Aurel. Galvanus († 1659). A propos d'usufruit, il se demande entre autres : Comment faut-il y poser la question de possession? A cet effet, il commence par étudier la nature même de la possession. Voilà pourquoi nous avons à citer ici le 33e et le 34e chapitre de son ouvrage : *de usufructu* (pour la première fois, *Patav.*, 1650, f.).

Ce sont des études pénibles et basées la plupart du temps sur des notions arbitraires. C'est ainsi que pour chaque possesseur il se demande s'il possède *late* ou *stricte*, *proprie* ou *improprie*, *vere* ou *interpretative*; cette méthode est bien faite pour fausser les notions. A ce point de vue, l'ouvrage est sans utilité, quoiqu'il ne soit pas dénué de science.

21. Melch. de Valentia († 1657), professeur à Salamanque. Ses *Illustres juris tractatus*, ou *Lecturæ Salamanticenses*, sont imprimés par fragments; le livre troisième en 1634, pour la première fois; les deux premiers livres antérieurement; il y ajoute encore une correspondance savante avec Antoine Faber. L'ensemble a été imprimé en dernier lieu d'une manière très-incorrecte à *Coloniæ Allobrogum*, 1730, 4 (1). A notre matière se rattache :

L. 1, *Tract.* 2 (p. 27-70).

22. Franc. Ramos del Manzano († 1683). Élève du précédent, et professeur à Salamanque. — Ses leçons sur la possession n'ont été imprimées que par Meermann (*Thes.*, tom. 7, p. 78-114).

(1) On a encore ajouté à cette édition, sans indication du nom de l'auteur : Noodt *de forma emendandi doli mali.*

23. Jos. Fernandes de Retes († 1678). Élève de Ramos et professeur à Salamanque. Les leçons sur la possession, qu'il donna à partir de 1649, se trouvent dans Meermann : *Thes.*, t. 7, p. 454-494 ; celles relatives aux interdits (de l'année 1660) se trouvent p. 495-539.

Les leçons de ces trois jurisconsultes espagnols sont faites avec beaucoup de soin, et l'on peut, après l'ouvrage de Donellus, les considérer comme les ouvrages les plus sérieux en matière de possession; leur méthode externe même les sépare complétement des ouvrages français de ce genre; ils sont divisés en livres et cités aussi de cette manière; chaque leçon a été donnée plusieurs fois et soumise chaque fois à une révision nouvelle. Cela nous explique aussi la mention que nous y trouvons souvent d'une opinion commune des académiciens de Salamanque. Valentia semble avoir joui d'une haute considération; cependant Ramos pourrait bien être le plus important des trois. Le traité de Retes *De interdictis*, qui n'avait pas été préparé par d'autres travaux, est ce qu'il y a de moins bon.

24. Hieron. Oroz, professeur à Valladolid, le contemporain et l'adversaire des trois jurisconsultes de Salamanque. — Il écrivit *Apices juris civilis ;* tout le quatrième livre traite de la possession (p. 268-344, *ed. Ludg.*, 1733, f.).

Cet ouvrage n'a aucune valeur propre, parce qu'il est copié presque en entier de Frider (*num.* 16).

25. Dominicus Aulisius († 1717, professeur à Naples). — Ses *Commentarii ad titulos Pandectarum de adq. vel amitt. poss., de verb. oblig., de leg. et fid., sol. matr. Neap.*, 1719, 4°, renferment, aux pages 1-137, une théorie de la possession; certains détails y sont traités d'une manière savante et approfondie, mais l'ensemble manque de méthode. Je n'y ai rencontré aucune idée nouvelle de quelque importance.

26. Jo. Jac. Oppenritter :

Diss. (resp. C. F. Com. a Werschowetz) Summa possessionis, Viennæ, 1738, 4 (P. 1, notion et acquisition : p. 1-336; P. 2, conservation et perte : p. 337-383).

Diss. (resp. Com. a Kollowrath) beatitudo possidentis, Viennæ, 1738, 4 (P. 1, avantages que donne la possession, p. 1-184; P. 2, interdits, p. 185-288). Ce n'est toutefois qu'une introduction à la matière des interdits; l'auteur promet, en terminant, un écrit spécial sur les interdits possessoires; je ne sais pas s'il a jamais paru.

Ces ouvrages ne renferment pas beaucoup d'idées neuves; mais ils sont utiles comme collection de matériaux, parce que les opinions des jurisconsultes anciens sur les questions les plus importantes s'y trouvent rapportées d'une manière assez complète, quoique sans discernement.

27. Robert Joseph Pothier (né en 1699; † 1772), professeur et magistrat à Orléans. Le dernier de ses nombreux écrits sur le droit romain et le droit français est un traité sur la propriété et la possession sous le titre que voici :

Traité du droit de domaine de propriété par l'auteur du traité des obligations. Tome 1, à Paris et Orléans, 1772, in-12.

Traité de la possession (p. 1-128) *et de la prescription*, par M. Pothier, conseiller au présidial d'Orléans. Tome 2, Paris et Orléans, 1772 (1), in-12. Cet ouvrage est précédé de la biographie de l'auteur.

A cela il faut joindre :

Pandectæ Justinianeæ in novum ordinem digestæ, lib. 41, *tit.* 2, *lib.* 43, *tit.* 16-23, *tit.* 26, *tit.* 31. (Tome 3, p. 121-132,

(1) Par suite d'une erreur typographique, le titre porte la date MDCCLXXXII.

p. 215-232, p. 240-244, p. 248-249. *ed. Lugd.*, 1782, f., et pour la première fois en 1748.

Cet exposé de la possession ne renferme rien de nouveau, mais les points principaux sont exacts; l'exposé est bien fait, et parfaitement propre à donner un aperçu général. Les déviations du droit français y sont aussi indiquées.

28. *Essai sur les principes du droit tant ancien que moderne, en matière de possession.* A Louvain, 1780, in-12, par L. J. Jupille.

Ouvrage rare, mais très-mauvais, dont j'avais d'abord révoqué en doute et ensuite même nié absolument l'existence. Il s'en trouve une relation détaillée dans le *Civilistisches Magazin* de Hugo, vol. 3, n° XXI.

29. Ernest Christ. Westphal († 1792). *System des rœm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjaehrung.* Leipzig, 1788, 8. (Système du droit romain sur la division des choses, la possession, la propriété et la prescription) : Division des choses, 1re partie, p. 1-32; *Possession*, 2e partie, p. 33-261; *Propriété et Prescription*, 3e partie, p. 261-784.

Westphal avait l'intention de produire un travail très-savant qui eût épuisé la matière; il s'y était préparé par une étude complète des sources et des meilleurs auteurs; il est seulement regrettable qu'il n'ait pas du tout su se servir des sources, et que parmi les opinions de ses devanciers il ait ordinairement choisi les plus mauvaises. Ses vues sont tellement erronées précisément sur les points essentiels, que son ouvrage n'est pas même utile comme travail de compilation. Sa principale force consiste dans le développement des erreurs commises par les jurisconsultes romains, et c'est avec beaucoup de courage qu'il accepte toutes les conséquences pratiques de ces erreurs.

30. Angeli Jacobi Cuperi (*diss. inaug.*) *Observationes*

selectæ de natura possessionis, *Lugd. Bat.*, 1789, 4°, 120 pages. — Nouvelle édition publiée par Thibaut : *Ienæ*, 1804, 8°, 154 pages; à partir de la page 155 jusqu'à la page 174, se trouvent : *editoris de naturali et civili possessione animadversiones* (voy., plus loin, n° 37). C'est d'après la première édition que je cite cet ouvrage.

Rarement un ouvrage de droit civil a reçu une approbation aussi unanime; c'est pourquoi nous devons en parler avec un peu plus de détail. Il est le fruit d'une étude très-approfondie des sources, et c'est en même temps un travail vraiment élégant, non-seulement à cause de la manière excellente dont l'auteur se sert des sources, mais surtout à cause de sa méthode parfaitement claire; c'est par cela qu'il se distingue de la plupart des ouvrages hollandais, qui fatiguent si souvent par leurs interminables digressions (1). Malgré toutes ces qualités, les résultats obtenus se réduisent cependant à des observations isolées, et sur les points essentiels, les opinions des auteurs antérieurs sont même évidemment préférables. Cela s'explique par l'absence de tout système, vice qui se manifeste d'ailleurs déjà dans l'agencement de l'ensemble de l'ouvrage, qui n'est qu'une suite de fragments juxtaposés, et notamment aussi dans la tendance de l'auteur d'isoler autant que possible toutes les règles du droit romain. Beaucoup d'auteurs, par amour du système, ont relégué les sources au second rang; ici, au contraire, il est souvent fait violence aux sources, afin de détruire l'unité qui subsiste déjà en fait. Cela nous explique aussi pourquoi à toute occasion Cuperus maltraite si fort Merenda (*num.* 19). Ce dernier avait

(1) L'opinion de Hœpfner sur Cuperus est tout à fait inconcevable. Il ne lui reconnaît ni justesse de jugement ni clarté de vues, et compare sa méthode à celle de Salmasius. Immédiatement après, il trouve assez bon l'écrit de Spangenberg (*Commentar*, 6e édit., § 281, note 11).

une tendance diamétralement opposée. Entre ces deux systèmes, le choix ne pourra guère être douteux.

31. C. F. W. VAN SPANGENBERG, *Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz* (Essai d'un exposé systématique de la théorie de la possession). Bayreuth, 1794, 8°. 340 pages.

Ouvrage sans idées nouvelles et sans utilité, même comme travail de compilation. L'inaptitude de l'auteur sous ce dernier rapport résulte clairement de la manière dont il juxtapose des extraits de Westphal et de Cuperus.

32. FERD. GOTTHELF FLECK.

Hermeneut. tituli Pand. de acquir. vel amitt. possessione, specimina duo. Lips., 1796, 4°. 139 pages.

Commentationes binæ de interdictis unde vi et remedio spolii. Lips., 1797, 8°. 136 pages.

Puis encore :

C. F. M. KLEPE *Diss. de natura et indole possessionis ad interdicta uti possidetis et utrubi necessaria. Lips.*, 1794, 4 (1).

Autant ces ouvrages sont savants et utiles, autant il est à regretter qu'ils n'appartiennent nullement à celui qui s'en prétend l'auteur; l'expression de *compilateur* nous paraît même trop peu énergique. Le premier de ces écrits se qualifie lui-même de *spicilegium* sur Cuperus et Spangenberg, et Cuperus est aussi cité une couple de fois. Mais le lecteur n'apprend pas que l'ouvrage presque tout entier est pris, en partie littéralement, dans Cuperus. De même, le second écrit nommé, il est vrai, la dissertation de Cras (voy. plus loin § 40), mais seulement parmi les auteurs qui prennent la défense de Cicéron, c'est-à-dire sur une même ligne avec Grotius et Donellus; et cependant la meil-

(1) Fleck lui-même a revendiqué la paternité de cet écrit (*de interdictis*, p. 35).

leure partie de l'ouvrage est empruntée à Cras; des feuilles entières sont même copiées textuellement.

33. F. W. SIBETH, *Eroerterungen aus der Lehre vom Besitz* (Études sur la possession), première partie, Rostock, 1800, in-8° (168 pages).

Ce livre est très-original et même exempt de toute influence de Cuperus; une seule fois il cite une opinion de ce dernier et la rejette fort cavalièrement. A la p. 139 seulement, l'auteur en vient à se demander fort naïvement ce qu'il veut en définitive! Tout l'ouvrage prouve qu'il n'en sait rien. Cependant tout travail spontané et original mérite une certaine considération, même lorsqu'il reste complétement dénué de résultats, comme dans ce cas-ci.

34. A. F. J. THIBAUT, *Ueber Besitz und Verjaehruny* (de la possession et de la prescription). Jena, 1802, 8. — A notre matière se réfère la première partie de cet ouvrage, p. 1-60.

D'après l'auteur lui-même, son intention a moins été de donner un exposé nouveau de ces matières, que de fournir à ses auditeurs un manuel qui les guidât dans cette étude. Pour ce motif, cet ouvrage ne devrait pas être cité ici; mais quiconque connaît les autres ouvrages de cet auteur regrettera certes qu'il n'ait pas cru devoir se livrer à des études propres et spéciales sur cette partie du droit civil.

35. CAR. CHR. HEFFTER *dissertatio de possessione, spec.* 1. *Viteb.*, 1803. — Très-insignifiant.

36. La première édition du présent ouvrage : 1803.

---

37. Les observations de Thibaut sur la *possessio civilis* et la *possessio naturalis*, à la suite de son édition de Cuperus (voyez plus haut n° 30), renferment une rectification très-intéressante

de ma manière d'exposer ces deux notions, rectification dont j'ai tiré profit. L'essence en avait déjà antérieurement été publiée par l'auteur dans un article sur ma première édition (*Allg. Lit. Zeit.* 1804, *num.* 41, etc.).

38. Theod. Maxim. Zachariae *diss.* (*praes. Haubold*) *Universalia quædam de possessione principia e jure Romano collecta. Lips.*, 1805, 4° (31 pages). L'auteur donne de la possession une notion nouvelle, et veut par là expliquer différents points de la théorie. Ces efforts pour parvenir à une unité systématique méritent certes nos éloges; mais l'exécution semble un peu légère. Ses opinions tantôt ne sont pas très-neuves, tantôt ne sauraient être soutenues avec succès, de sorte que la science n'y recueille en réalité rien du tout. Nous en verrons des preuves plus loin, au § 9, etc.

39. La deuxième édition du présent ouvrage : 1806.

---

40. Christ. Chlum, *der Besitz unter Justinian* (La possession sous Justinien), Marbourg et Cassel, 1808, 8°.

41. V. J. Ch. Wenck *diss. De traditione inter possessionis et proprietatis transferendæ modum fluctuante. Lips.*, 1809, 4°.

Ouvrage très-savant et très-soigné, mais dont les opinions principales sont essentiellement erronées. Un bon nombre d'entre elles tendent seulement à défendre cette ancienne erreur (étrangère à notre matière) d'après laquelle le propriétaire peut faire la tradition d'une chose dont il n'aurait pas la possession. L'auteur est tout autant à côté de la vérité lorsqu'il veut interpréter plusieurs textes en soutenant que la possession s'acquiert souvent par le moyen de la propriété et à raison de la pro-

priété, alors même que les conditions prescrites pour l'acquisition de la possession feraient défaut.

42. CHR. CHR. DABELOW *Reprehensa Savignii capita Sectio prior. Lips.*, 1808, 8°. — *Idem ad sectionem priorem reprehensorum Savignii capitum postscripsit. Lips.*, 1810, 8°. — Voy. *Heidelberger Jahrbücher für Jurisprudenz*, 1810, cahier 7, p. 318.

43. H. C. VAN LOENEN *Diss. de possessione. Traj.*, 1810, 4°.

44. DR. W. PLANCK, *die Lehre vom Besitz, nach den Grundsaetzen des franzoesischen Civilrechts* (la théorie de la possession, d'après les principes du droit civil français). Gœttingue, 1811, 8°.

45. JAC. FRID. RAUTER *Diss. de jure possessionis. Argentor.*, 1812, 4°. Très-insignifiant pour le droit romain.

46. CHRIST. CHLUM *Ueber das Recht des Besitzes* (du droit de la possession). Giessen, 1813, 8°.

47. JOH. CHRIST. LANGE. *Philosophisch juristische Abhandlung über die Natur des Besitzes* (Dissertation philosophico-juridique sur la nature de la possession), 1^er^ vol. Erlangen, 1830. Deuxième vol., *ibid.*, 1818, 8°.

48. G. HUFELAND, *Neue Darstellung der Rechtslehre vom Besitz, im zweiten Theil des Buchs : Ueber den eigenthümlichen Geist des roemischen Rechts* (nouvel exposé de la théorie de la possession, dans la seconde partie de l'ouvrage : De l'esprit propre au droit romain). Giessen, 1816, 8°.

49. TH. M. ZACHARIAE : *Die Lehre des roem. Rechts vom Besitze und der Verjaehrung* (théorie romaine sur la possession et la prescription), avec un appendice sur la *fructuum perceptio*. Breslau, 1816, 8°.

50. SCHWEPPE *juristisches Magazin*, vol. 1, cah. 1^er^, Altona, 1818, 8°, p. 38-50.

51. La troisième édition du présent ouvrage : 1818.

52. La quatrième édition du présent ouvrage : 1822.

---

53. M. L. A. WARNKŒNIG, analyse du *Traité de la possession*, par M. de Savigny, à Liége, chez Bassompierre, 1824, 8° et d'abord par fragments dans la *Thémis* (1).

54. TH. M. ZACHARIAE *Neue Revision der Theorie des roem. Rechts vom Besitze* (nouvelle révision de la théorie romaine en matière de possession). Leipzig, 1824, 8°.

55. C. ALBERT *Ueber das interdictum uti possidetis* (sur l'interdit *uti possidetis*). Halle, 1824, 8°.

56. C. ALBERT *Ueber den Besitz unkoerperlicher Sachen*, n° 1. *Darstellung des Int. de itinere* (sur la possession de choses incorporelles, n° 1, de l'interdit *de itinere*). Leipzig, 1826, 8°.

57. ROSSHIRT *Zu der Lehre vom Besitz und insbesondere von der quasipossessio* (sur la théorie de la possession et spécialement de la quasi-possession). *Archiv*, vol. 8, p. 1-74, 1825. Voy. notre § 9.

58. C. F. KOCH *Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz nach preussischem Recht in Vergleichung mit dem gemeinen Recht* (Essai d'un exposé systématique de la théorie de la possession en droit prussien, comparée à la théorie du droit commun en cette matière). Berlin, 1826, 8°.

(1) *Luther* S. CUSHING en donne une traduction anglaise sous le titre « *Analysis of Savigny's treatise on the law of possession. By Professor Warnkœnig,* » dans la revue intitulée : *The American Jurist and Law Magazine, edited by Charles Sumner, Luther S. Cushing, George S. Hillard.* Vol. XIX. *Boston, Charles C. Little and James Brown*, 1838, p. 13 à 49 et 257 à 291. (Note de l'éditeur de la 7e éd.)

59. La cinquième édition du présent ouvrage : 1827.

---

60. PUCHTA : *Zu welcher Klasse von Rechten gehoert der Besitz?* (Dans quelle classe de droits faut-il ranger la possession?). *Rhein. Museum*, vol. 3, 1829, p. 289-308 (voyez notre § 6).

61. SCHROETER : *Ueber den abgeleiteten Besitz* (de la possession dérivée). *Zeitschrift von Linde*, vol. 2, 1829, p. 233-269 (voy. notre § 9).

62. GUYET : *Ueber den animus possidendi* (De l'*animus possidendi*), dans ses *Abhandlungen* (dissertations). Heidelberg, 1829, n° 6. — *Noch einige Bemerkungen über den animus possidendi* (encore quelques observations sur l'*animus possidendi*), dans *Zeitschr. von Linde*, vol. 4, 1831, p. 361-381 (voy. notre § 9).

63. RUDORFF *Rechtsgrund der possessorischen Interdicte* (Base légale des interdits possessoires). *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, vol. 7, 1830, p. 90-114 (voy. notre § 6).

64. WARNKOENIG *Ueber die richtige Begriffsbestimmung des animus possidendi* (Sur la notion exacte de l'*animus possidendi*). *Archiv für civilistische Praxis*, vol. 13, 1830, p. 169-180 (voy. notre § 9).

65. THON *Ueber civilis und naturalis possessio* (De la *civilis* et de la *naturalis possessio*). *Rhein. Museum*, vol. 4, 1830, p. 95-141 (voy. notre § 10).

66. WIEDERHOLD *das Interdictum uti possidetis und die novi operis nunciatio*. Hanau, 1831, 8° (voy. notre § 10).

67. JOHANNSEN *Begriffsbestimmungen aus dem Gebiete des Civilrechts* (Diverses notions du domaine du droit civil), cah. 1^er^,

de la *possessio, possessio civilis* et *possessio naturalis*. Heidelberg, 1831, 8° (voy. notre § 10).

68. Buchholtz *Ueber juris possessio, Versuche* (Essais). Berlin, 1831, 8°, n° 8.

69. Hasse *junior, Ueber das Wesen der actio* (De la nature de l'action). *Rhein. Mus.* 6, 1833, p. 183-204 (voyez notre § 6).

70. Bartels *vom abgeleiteten Besitz* (de la possession dérivée) *Zeitschrift von Linde*, vol. 6, 1833, p. 178-214 (voyez notre § 9).

71. Thaden *Begriff des roem. Interdictenbesitzes* (Notion de la possession *ad interdicta* en droit romain). Hambourg, 1833, 8° (voy. notre § 6).

72. Sintenis *vom juristischen Besitz* (De la possession juridique). *Zeitschr. von Linde*, vol. 7, 1834, p. 223-273, 414-436 (voy. nos §§ 2 et 9).

73. Rauch *Versuch einer Geschichte der Lehre vom Besitz aus dem Standpunct der Philosophie des Rechts* (Essai d'une histoire de la théorie de la possession au point de vue de la philosophie du droit). 1834. — Landau, imprimé chez Carl Georges.

74. Thibaut *Ueber possessio civilis. Archiv*, vol. 18, 1835, p. 315-364 (voy. notre § 10).

75. Huschke *Ueber die Stelle des Varro von den Liciniern nebst einer Zugabe über Festus v° Possessiones und Possessio* (Sur le passage de Varron relatif aux Liciniens, avec un appendice sur Festus aux mots *Possessiones* et *Possessio*). Heidelberg, 1835, 8° (voy. notre § 6).

76. Althof, *Das interdictum de itinere*. Rinteln, 1836, 8° (voy. notre § 46).

77. Burchardi *Possessio civilis ist weder gleichbedeutend mit possessio ad usucapionem, noch mit possessio ad inter-*

dicta (*possessio civilis* n'est synonyme ni de *possessio ad usucapionem*, ni de *possessio ad interdicta*), dans le *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 20, p. 14-53. Heidelberg, 1837. Voy. l'addition au § 10 de l'ouvrage, p. 138.

78. SINTENIS *über Besitz und Ersitzung verbundener Sachen* (Sur la possession et la prescription de choses composées). *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 20, p. 75-115. Heidelberg, 1837. Voy. l'addition au § 22 de l'ouvrage, p. 254 (1).

(1) Les ouvrages plus récents en matière de possession se trouvent indiqués dans l'APPENDICE sous le NUM. 1. Les papiers de l'auteur ne renfermaient que des notices détachées sur quelques écrits qui avaient paru peu de temps après la publication de la 6e édition.

SECTION PREMIÈRE.

NOTION DE LA POSSESSION.

§ 1.

DE LA DÉTENTION.

Lorsque plusieurs auteurs traitent successivement la même matière, il se forme bientôt une tradition d'observations générales que le lecteur retrouve, toujours à la même place, dans les écrits les plus différents d'ailleurs.

Ainsi les auteurs qui s'occupent de la possession commencent ordinairement par se plaindre des difficultés extrêmes que présente cette matière. Quelques-uns ont été de si bonne foi dans ces plaintes, qu'ils en ont en quelque sorte complétement perdu courage (1); chez la plupart toutefois ce n'était qu'un éloge anti-

(1) Parmi ces auteurs qui conseillent au lecteur de se tirer d'affaire n'importe comment, plutôt que de chercher en vain à approfondir la matière, nous citerons LEYSER (*Sp.* 451, *med.* 1-4) et SIBETH (*Vom Besitz*, p. 61). Ce dernier dit entre autres : « En présence des nombreuses difficultés et des contradictions manifestes du droit romain... il serait impossible d'arriver à une conviction parfaite en ces sortes de matières. On se bornera donc à se demander en général si l'on a droit à la possession, » et ainsi de suite.

cipé de leur travail, puisqu'ils n'en avaient pas moins la prétention de satisfaire complétement le lecteur. Pour moi, je m'abstiens sans peine de faire ainsi ressortir, au début de cet ouvrage, les difficultés qu'il peut présenter ; mais il me sera moins facile de faire en sorte que le lecteur ne s'en aperçoive pas lui-même plus tard dans l'une ou l'autre partie de mon travail.

Les définitions de la possession, quelque divergentes qu'elles soient d'ailleurs sous le rapport de la forme ou du fond, renferment cependant toutes une idée générale qui leur sert de base, et qui doit être le point de départ de toutes les investigations sur cette matière. Toutes admettent qu'on est en possession d'une chose lorsqu'on a la possibilité, non-seulement d'en disposer soi-même physiquement, mais encore de la défendre contre toute action étrangère (1). C'est ainsi que le batelier possède bien son bateau, mais non l'eau sur laquelle il navigue, quoiqu'il se serve de l'un et de l'autre pour arriver à ses fins. (Voy. Appendice, n° 2.)

Ce fait, que l'on appelle *détention*, et qui sert de base à toute idée de possession, ne saurait par lui seul être un objet de législation ; la notion n'en est nullement juridique. (Voyez Appendice, n° 3.) Toutefois nous découvrons bientôt qu'il existe entre ce fait et une véritable notion juridique un rapport intime à raison

(1) J'avais d'abord employé l'expression « mais aussi lorsque toute action étrangère est *impossible*. » On a objecté avec raison que cette impossibilité ne se conciliait guère avec le trouble qu'un tiers peut apporter à ma possession ; que, de plus, en admettant qu'elle puisse se concevoir au début de la possession, elle ne convient certes pas à ce lien moins intime et plus relâché qui en constitue la continuation. L'expression que je choisis aujourd'hui me paraît à l'abri de ces reproches, car si nous ne parlons que de la simple possibilité de la défense, nous n'en préjugeons en rien le succès. Cette possibilité de résistance permet au surplus de supposer plusieurs degrés, tandis que notre première rédaction n'admettait pas gradation. (Note de la 6e éd.)

duquel il sollicite, lui aussi, l'action du législateur. En effet, la propriété étant la faculté légale de faire d'une chose ce que l'on veut, et d'empêcher tout autre d'en disposer, la détention nous apparaît comme l'exercice du droit de propriété : elle constitue un *fait* qui correspond à ce *droit*.

Si la possession n'avait avec le droit que ce seul rapport, tout ce qu'un jurisconsulte pourrait en dire se réduirait aux propositions suivantes : Le propriétaire d'une chose a le droit de la posséder ; ce même droit appartient à celui à qui le propriétaire veut bien le concéder ; nul autre ne peut y prétendre.

Mais le droit romain règle la manière d'acquérir et de perdre la possession, comme il le fait pour la propriété : il ne la considère donc pas seulement comme la conséquence d'un droit, mais comme étant elle-même la condition déterminante de certains droits. Aussi notre ouvrage, qui a pour but d'établir une théorie juridique de la possession, ne s'occupera-t-il que des droits qui dérivent de la possession (*jus possessionis*), et non du droit de posséder, droit que les jurisconsultes modernes ont appelé *jus possidendi ;* c'est dans la théorie de la propriété que ce dernier doit trouver sa place (1).

De l'idée de la simple détention, nous voilà donc arrivés à celle de la possession, dans le sens juridique du mot, objet du présent ouvrage. Dans notre première section, comme base de toutes nos recherches ultérieures, nous aurons à préciser la notion de la possession sous deux points de vue différents : d'abord, sous le point de vue des droits qui présupposent la possession comme

(1) Cette distinction est trop simple pour qu'il faille s'y arrêter davantage. DONEAU (*Comment.*, lib. 9, c. 9) l'a du reste si bien exposée, que l'on ne conçoit guère comment certains jurisconsultes ne parviennent pas encore à s'en rendre compte. (Voyez Appendice, n° 4.)

condition de leur existence, en indiquant, par conséquent, la valeur que la notion non juridique de la détention reçoit en droit pour pouvoir être considérée comme quelque chose de juridique, c'est-à-dire comme possession ; ensuite, sous le point de vue de la substance même de la possession, en énumérant les conditions que le droit romain exige pour qu'il y ait possession, en d'autres termes, en montrant les modifications positives grâce auxquelles la simple détention devient possession.

Or, pour préciser, sous le premier de ces points de vue, la notion de la possession et la faire entrer dans le domaine de la science du droit, nous devons nous arrêter à deux ordres d'idées.

En premier lieu, il s'agit de trouver dans le système du droit civil romain la place qui revient à la possession à raison de sa nature juridique. Il faudra donc indiquer les droits que la loi romaine considérait comme découlant de la possession et examiner en même temps ceux que l'on admettait à tort comme s'y rattachant. Cela fait, il nous sera facile de résoudre la question de savoir si la possession doit être envisagée comme un *droit* et comme un *jus in re*. Or dans la science du droit, elle nous apparaît tout d'abord et simplement comme un droit appartenant au propriétaire; ici au contraire nous avons à la considérer comme indépendante de la propriété, comme étant elle-même la source de droits spéciaux. Dès lors cette première question peut aussi s'exprimer de la manière suivante : Comment et dans que sens a-t-on séparé la possession de la propriété? — C'est ainsi que l'ont en effet formulée beaucoup d'auteurs (1).

En second lieu, nous aurons à examiner les divers termes dont on se sert en droit romain pour désigner la possession selon

(1) Par exemple CUPERUS, *de nat. poss.*, P. 1, c. 2.

les différents points de vue sous lesquels on l'envisage, et particulièrement ce que les jurisconsultes romains entendent par *possessio* en général, par *naturalis possessio* et par *civilis possessio*. Cette étude aura pour effet, d'une part, de confirmer le résultat de nos recherches précédentes, d'autre part, de rendre possible une interprétation approfondie, qui puisse devenir la base de tout le reste de notre travail.

§ 2.

DROITS DÉCOULANT DE LA POSSESSION.

Nous ne trouvons dans tout le droit romain que deux effets légaux que l'on puisse attribuer à la possession comme telle et indépendamment de toute idée de propriété : ce sont l'*usucapion* et les *interdits* (1).

La base de l'usucapion est cette règle écrite dans la loi des Douze Tables : « Quiconque possède une chose pendant une ou pendant deux années, en devient propriétaire. » La simple possession, indépendamment de tout droit, est donc ici la source de la propriété. Pour qu'elle produise cet effet, il faut, il est vrai, qu'elle ait commencé d'une certaine manière déterminée (voyez

(1) On a soutenu récemment que les interdits et l'usucapion n'étaient pas non plus des suites immédiates et nécessaires de la possession, puisque les interdits supposent encore un acte de violence, et l'usucapion un titre qui lui serve de base, de sorte que la possession n'aurait pas de conséquences juridiques du tout. SINTENIS (n° 72), p. 252-259. Cependant cet auteur reconnaît que la possession se trouve avec les interdits et l'usucapion dans un rapport médiat et indirect des plus importants, et que c'est à ce point de vue seulement que l'on s'attache en droit à constater l'existence de la possession (p. 258). Comme je n'ai jamais soutenu autre chose, cet auteur n'a fait que prouver d'une manière très-convaincante ce que ni moi, ni aucun autre écrivain n'avait jamais révoqué en doute. (Note de la 6e éd.)

Appendice, n° 5) ; mais elle n'en reste pas moins, comme toujours, un simple fait ne touchant au droit que par l'effet que nous signalons. Il est vrai encore que cette même possession, qui conduit à l'usucapion, fut considérée comme un droit spécial et protégée comme tel par l'*actio Publiciana;* mais cette action, d'origine beaucoup plus récente que l'usucapion, n'a pu lui servir de base. C'est donc de la possession seule, indépendamment de tout autre droit, que découle l'usucapion, c'est-à-dire l'acquisition de la propriété. A l'usucapion est venue s'ajouter plus tard, comme complément, la *longi temporis præscriptio,* c'est-à-dire une exception que l'on opposait à la *rei vindicatio,* exception dont les conditions étaient en général les mêmes que celles de l'usucapion. La possession s'y montre donc aussi avec les mêmes caractères ; de sorte que, même dans le droit ancien, il n'est pas nécessaire de considérer la possession, qui sert de base à la *longi temporis præscriptio,* sous un autre point de vue que celle qui mène à l'usucapion. Depuis Justinien, c'est toujours le droit de propriété que l'on acquiert dans ces différents cas, et cela est vrai même pour la prescription extinctive de trente ans lorsqu'il y a bonne foi foi. A dater de cette époque, il ne peut donc plus être question que d'usucapion, peu importe qu'elle dure trois, dix, vingt ou trente années. Il est vrai que l'acquisition de la propriété par possession trentenaire n'est appelée *usucapion* dans aucun texte ; mais il est parfaitement logique de l'appeler ainsi, puisqu'elle a, comme toute autre usucapion, pour effet de conférer le droit de propriété. Du reste, même les jurisconsultes du temps de Justinien n'ont pas d'autre mot pour la désigner, et il n'en existe certainement pas d'autre.

Le second effet de la possession est de donner droit aux *interdits* possessoires. Voici ce qu'on entend par là : la possession ne

constituant pas par elle-même un droit, le trouble qu'on y apporte n'est pas, à la rigueur, la violation d'un droit ; il ne peut le devenir que s'il viole à la fois et la possession et un droit quelconque. Or c'est ce qui arrive lorsque le trouble apporté à la possession est le fait de la violence : toute violence, en effet, est contraire au droit, et c'est contre cette illégalité qu'est dirigé l'interdit. (Voyez Appendice, n° 6.)

Tous les interdits possessoires ont donc un point de commun : ils supposent un acte qui, par sa forme même, est illégal. Point de doute possible lorsqu'il s'agit d'actes de véritable violence, actes essentiellement, et plus que tous les autres, contraires au droit. Mais c'est encore au même point de vue que se place le droit romain dans tous les autres cas où il accorde des interdits possessoires. C'est ainsi, par exemple, que l'*interdictum de precario* ne se base ni sur une convention, ni sur une prétendue préférence que le demandeur revendiquerait en faveur de son droit, mais uniquement sur ce qu'il est injuste en soi d'abuser de la bonne volonté d'autrui, tout comme il est injuste de recourir à la violence pour s'emparer d'une chose, peu importe que celui à qui on l'enlève en soit ou non le propriétaire. C'est pour cette raison aussi que nous trouvons toujours réunies dans une même formule les trois manières vicieuses d'acquérir la possession : *vitia possessionis* (1).

Les interdits possessoires étant donc provoqués par des actes qui dans leur forme blessent le droit, on comprend pourquoi ici encore la possession, abstraction faite de sa légalité, peut

(1) TERENTIUS, *in Eunuch.*, act. 2, sc. 3, *v.* 27, 28 : « *Hanc tu mihi* VEL VI, VEL CLAM, VEL PRECARIO *fac tradas.* » Les mêmes expressions se retrouvent dans une foule de passages des Pandectes. (Voyez Appendice, n° 7.)

devenir la source de droits véritables. Lorsque le propriétaire revendique une chose, il importe peu de savoir comment son adversaire en est devenu possesseur, puisque le premier a seul un droit exclusif à cette possession. Il en est de même de l'interdit qui a pour objet de protéger la *missio in possessionem* (1). Cet interdit n'est pas possessoire, car la *missio* en elle-même n'a nullement pour effet de conférer la possession (2); elle donne seulement le droit de détenir la chose, et ce droit se fait valoir de la même manière que le droit du propriétaire. Celui au contraire qui n'a que la possession d'une chose, n'a pas par cela seul le droit de la détenir, mais il a le droit d'exiger que personne ne le violente. C'est par un interdit qu'il se protégerait, le cas échéant, contre la violence qui voudrait le déposséder, et c'est le simple fait de la possession qui lui donne droit à cet interdit. Ici donc, comme en fait d'usucapion, la possession devient la cause déterminante de certains droits.

La plupart des auteurs, s'écartant complétement de cette manière de voir, considèrent tout trouble apporté à la possession comme une violation matérielle du droit : pour eux, la possession elle-même est donc un droit, une présomption de propriété (3), et les interdits possessoires sont à leurs yeux des revendications provi-

(1) « *Nec exigitur, ut vi fecerit, qui prohibuit.* » (L. 1, § 3, *ne vis fiat ei qui in poss.*)

(2) « *Creditores missos in possessionem rei servandæ causa, interdicto uti possidetis uti non posse : et merito* QUIA NON POSSIDENT. *Idemque et in ceteris omnibus qui custodiæ causa missi sunt in possessionem, dicendum est.* » (L. 3, § 8, *uti possidetis.*) Nous verrons dans notre deuxième section l'interprétation de ce passage.

(3) Je me borne à citer HUFELAND, le champion le plus moderne de cette erreur (*Vom Besitz*, p. 43-45). Dans la 3e édition du présent ouvrage, j'avais essayé de trouver un côté vrai dans ce système; à la fin du § 6, on verra pourquoi aujourd'hui (dans la 6e édition) j'abandonne cette idée.

soires. Je réfuterai plus loin, au § 36, ce dernier point, à cause des conséquences pratiques qu'il présente.

§ 3.

DROITS DÉCOULANT DE LA POSSESSION. CONTINUATION.

La possession est donc la condition d'existence de l'usucapion et des interdits, et à ce titre il est nécessaire d'en préciser juridiquement la notion. Sur ce point, tout le monde est d'accord. (Voyez Appendice, n° 8.) Mais je vais plus loin, et je soutiens qu'en dehors de ces deux droits, il n'en est aucun autre que l'on puisse considérer comme effet de la possession, et sur ce point tous les auteurs, à une ou deux exceptions près, me contredisent. (Voyez Appendice, n° 9.)

A l'appui de ma thèse, je pourrais déjà en général invoquer la circonstance que jamais les jurisconsultes romains ne caractérisent l'*existence de la possession* autrement que par l'un des deux effets signalés (1); mais cette raison ne devenant convaincante que par les recherches terminologiques que nous aurons à faire plus loin, il ne me reste pour le moment qu'à réfuter les prétendus effets juridiques que l'on attribue erronément à la possession. Je n'ai pas cependant l'intention d'épuiser ici l'énumération de tous les avantages dont quelques auteurs se sont plu à la gratifier (2); je ne relèverai que les erreurs qui ont une certaine im-

(1) Je dis à dessein l'*existence de la possession*, parce que je veux désigner un état de choses continu; car souvent, il est vrai, on ne considère l'acquisition de la possession qu'à raison de la propriété qui en résulte; c'est ce que nous verrons plus loin.

(2) Il en est un, dit-on, qui a réussi à en trouver soixante et douze (CAR. TAPIA, *in auth. ingressi*, C. *de ss. ecclesiis*). Du reste dans FRIDER déjà (*de nat. poss.*, ch. 8, 9.) et dans CLUDIUS (*res quotidianæ*, ch. 1), la confusion atteint réellement les dernières limites. A cette catégorie

portance, ou dont la réfutation nous donnera l'occasion d'approfondir davantage la nature de la possession.

1. Il est, d'après le droit romain nouveau, deux cas où l'acquisition de la possession et celle de la propriété sont toujours simultanées, en sorte que l'usucapinon est ici aussi inutile qu'impossible; ces deux cas sont l'*occupation* d'une chose qui n'appartient à personne, et la *tradition* faite par le propriétaire lui-même. Dans l'un et l'autre cas, l'acquisition de la possession est, il est vrai, la raison d'être du droit de propriété lui-même (1); elle est ce que les jurisconsultes modernes appellent un *modus adquirendi*. Toutefois ce n'est pas la possession en elle-même, en tant qu'état de choses continu, qui produit ce droit, puisqu'elle ne commence qu'au moment même où la propriété est également acquise. Il ne saurait donc être question ici d'un droit qui appartienne au possesseur comme tel; il s'agit seulement d'appliquer, en matière de propriété, ce qui, dans la théorie de la possession, concerne l'*apprehensio*. Mais quoiqu'il n'y ait pas là d'effet juridique spécial qu'il faille attribuer à la possession, il n'en découle pas moins une observation très-importante pour l'étude de cette matière. En effet, de ce que dans ces deux cas l'acquisition de la possession et celle de la propriété se confondent en un seul et même acte acquisitif (2), il résulte

d'écrits appartiennent aussi tous ceux que nous trouvons sous le titre de « *beati possidentes,* » ou « *de commodis possessionis.* » Inutile de faire remarquer que ces énumérations ne font que répéter toujours la même chose, en variant plus ou moins les termes employés.

(1) C'est ce qu'on désigne par ces mots : « *per possessionem dominium quærere.* » (L. 20, § 2, *de adq. rer. dom.* — § 5, I. *per quas pers.*)

(2) Cela nous explique la L. 8, C. *de poss.* : « *Per procuratorem utili-*

pour nous cette règle, que toutes les dispositions légales, relatives à la *forme* de l'occupation et de la tradition, peuvent aussi être mises à profit, comme sources, lorsqu'il s'agit de la possession, quand même celle-ci n'y serait pas expressément rappelée. Cette remarque nous a déjà guidé dans notre énumération des sources.

2. L'exercice de l'action Publicienne se combine avec toute possession propre à produire l'usucapion, sauf toutefois la prescription trentenaire. Il n'y aurait donc guère d'inconvénient pratique à considérer l'espèce de propriété que garantit l'action Publicienne comme découlant de la possession au même titre que l'usucapion. Mais déjà dans l'ancien droit cette action ressemblait beaucoup à la revendication proprement dite, et dans le droit nouveau, elle s'en approche encore davantage. Dès lors il ne s'agit plus ici, à la rigueur, d'une simple possession; mais il y a là quelque chose de semblable à l'acquisition simultanée de la possession et de la propriété au moyen de l'occupation et de la tradition. Toute possession apte à produire l'usucapion peut donc se considérer sous deux points de vue : à raison de la propriété qui ne doit en résulter que plus tard, le jurisconsulte ne la considère que comme simple possession (1); à raison de l'action Publicienne, qui dès à présent s'y trouve attachée, elle est déjà considérée comme une espèce de propriété, et c'est comme telle aussi que la plupart des jurisconsultes l'ont de tout temps envi-

tatis causa possessionem, ETSI PROPRIETAS AB HAC SEPARARI NON POSSIT (c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une tradition ou d'une occupation valable), *dominium etiam quæri placet.*

(1) Voyez notre § 2.

sagée, lorsqu'ils l'examinaient dans ses rapports avec l'action Publicienne.

3. Celui qui possède la chose d'autrui la croyant sienne, et qui, à raison d'un motif juridique, doit s'en croire propriétaire,—en d'autres termes, le possesseur qui réunit la *bona fides* et la *justa causa*—devient réellement propriétaire des fruits de cette chose : c'est ce que l'on appelle *fructuum perceptio*. Or, la plupart des auteurs considèrent ce droit comme quelque chose de tout spécial et comme une des prérogatives les plus importantes de la simple possession. Mais il est facile de démontrer, et nous le ferons plus loin (1), que ce n'est autre chose qu'un droit de propriété dérivant de l'action Publicienne mis en rapport avec le principe général de l'accession. Ceci posé, tout ce que nous venons de dire de ce droit sous le numéro précédent trouve ici aussi son application, et il serait illogique de ne pas vouloir le considérer comme une conséquence dérivant de la seule possession, tandis qu'on attribuerait ce caractère à la *fructuum perceptio*. (Voyez Appendice, n° 10.)

4. En cas de contestation sur la propriété, le possesseur gagne son procès si l'adversaire ne prouve pas son droit de propriété, quand même lui, possesseur, n'aurait rien prouvé non plus (2).

(1) Voyez plus bas, § 22, *a*.

(2) § 4, I. *de interdictis*. Nos jurisconsultes ont, pour désigner ce droit, des expressions très-différentes, dont chacune devient à son tour une nouvelle *beatitudo possessionis* : par exemple, « le possesseur n'a pas de preuve à faire, — il est présumé propriétaire ; — dans le doute, on prononce en sa faveur ; — il n'a pas besoin d'indiquer l'origine de sa possession, » etc.

Mais ici encore ce n'est pas un droit découlant de la possession, et qui nous révélerait dans celle-ci un nouvel élément juridique. Cela résulte suffisamment de ce que cette proposition est en général vraie pour tout défendeur (1). Il n'y a donc là qu'une application spéciale d'un privilége afférant par la nature des choses à tout défendeur, car en matière de revendication, le possesseur seul est toujours et nécessairement défendeur.

Ce point diffère de ceux qui précèdent par la conséquence pratique que voici : Si l'avantage en question est une conséquence de la possession juridique, il ne peut être attribué à celui qui, quoique détenteur de la chose, n'en serait pas juridiquement reconnu possesseur; dès lors ce détenteur ne devrait jamais pouvoir être défendeur dans un procès concernant la propriété, puisque, s'il l'était, on ne pourrait lui refuser le droit appartenant à tout défendeur quelconque. Au contraire, si ce droit n'est pas une prérogative de la possession, il pourra être invoqué même par un simple détenteur. Or le droit romain dit expressément que la revendication est admise contre quiconque est possesseur, dans le sens juridique du mot, ou simple détenteur (2). Et comme il n'est pas douteux que le demandeur doit être débouté de sa demande lorsqu'il ne parvient pas à en prouver le fondement, le droit dont nous parlons ici s'attache tout aussi bien à la simple détention qu'à la possession : ce n'est donc pas un droit découlant de la nature juridique spéciale de cette dernière.

(1) « ..... *Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.* » (L. 21. *de probat.*)

(2) L. 9, *de rei vindic.*

5. Le possesseur a le droit de défendre sa possession, même en employant la violence (1). (Voyez Appendice, n° 11.)

On ne peut considérer ce droit comme une conséquence juridique de la possession, par la raison bien simple que l'idée sur laquelle il se base n'appartient même pas au domaine du droit privé. En effet, puisque l'hypothèse proposée exclut toute intervention du juge, le seul sens juridique à donner à cette règle est celui-ci : La violence, employée dans le cas que nous supposons, n'expose pas aux peines qui en d'autres circonstances y seraient attachées. Cette règle, ainsi posée, se rattache au droit pénal à raison des peines criminelles, et au droit civil à raison des peines purement civiles que la loi commine contre celui qui se fait justice lui-même ; mais à ces deux points de vue, cette règle ne peut aucunement être considérée comme une conséquence de la possession juridique, le droit de légitime défense appartenant au simple détenteur aussi bien qu'au possesseur juridique. La loi du Code, citée plus haut, semble, il est vrai, contraire à cette assertion : la légitime défense y est permise au possesseur dont la possession n'est pas vicieuse dans son origine ; on ne conclut qu'elle doit être interdite à tout autre, donc aussi au simple détenteur ; mais cette manière d'argumenter, qui exige toujours beaucoup de précautions, est à peu près impraticable lorsqu'il s'agit des *rescrits* du Code. C'est ainsi que dans l'espèce de cette loi il est facile d'imaginer une hypothèse qui en explique la

(1) « *Recte possidenti, ad defendendam possessionem quam sine vitio tenebat, inculpatæ tutelæ moderatione illatam vim propulsare licet.* » (L. 1, C. *unde vi.*)

disposition sans contrarier indirectement la règle que nous avons posée. Le possesseur, par exemple, dépossédé par violence, peut immédiatement employer le même moyen pour se remettre en possession ; il est même dès lors considéré comme s'il n'avait jamais cessé de posséder(1). Si dans ce cas son adversaire cherche à le repousser en employant la violence, ce ne sera pas là un cas de légitime défense, puisqu'on ne le considère même pas comme se défendant. Or une telle objection ne pourrait s'adresser à celui qui aurait prouvé l'origine légitime de sa possession ; les mots *recte possidenti*, dont se sert la loi citée, s'expliquent donc parfaitement sans contrarier notre règle.

Le droit de légitime défense aussi ne peut donc en aucune manière être considéré comme un privilége de la possession.

6. Le droit de rétention (2). Que ce droit ne puisse être mis au nombre des effets caractéristiques de la possession, c'est ce qui résulte déjà de cette circonstance, qu'il appartient aussi à ceux qui certes n'ont aucune espèce de possession juridique. Il n'est en réalité qu'une *doli exceptio*, qui ne diffère des autres cas auxquels s'applique cette exception que par des circonstances de fait et purement accidentelles.

(1) L. 17, *de vi.*
(2) THIBAUT, *Pandekten*, 5e éd., § 311 ; HUFELAND, *Vom Besitz*, p. 34.

§ 4.

DROITS DÉCOULANT DE LA POSSESSION. CONTINUATION.

Jusqu'ici nous avons démontré que la possession n'a d'autre effet juridique que de produire l'usucapion et les interdits : cela se confirme encore par la place même qu'elle occupe dans le droit romain et dans les écrits des jurisconsultes.

1. Dans les *Institutes* (1), elle se trouve traitée au milieu des interdits possessoires, parce que le droit d'invoquer ces interdits repose exclusivement sur la possession. Là où les Institutes parlent d'usucapion (2), on suppose la possession déjà connue.

2. Dans les *Pandectes,* tout le livre 41 traite de l'acquisition de la propriété ; dans le premier titre, il est question des modes d'acquérir qui sont de droit naturel ; le troisième et les titres suivants parlent de l'usucapion ; la possession est traitée au titre deuxième : c'est évidemment la transition pour arriver à l'usucapion, qui repose principalement sur la possession, et dont l'intelligence présuppose une connaissance exacte de cette dernière. Les interdits ne viennent que plus tard, et dès lors il est fort naturel qu'il n'y soit plus question de la possession.

Cette manière de voir est si naturelle, que de tout temps la plupart des jurisconsultes l'ont adoptée (3). Quelques-uns cependant ont procédé en sens inverse, et soutenu que toute la théorie de la propriété n'est venue qu'accidentellement s'ajouter à celle de la possession, et que la possession est ici une

(1) L. 4, t. 15.
(2) L. 2, t. 6.
(3) DUAR. *in tit. de poss. proœm., p. m.* 823.

ntroduction à la matière des interdits (1) ou à celle de l'exécution (2).

3. Au *Code,* la possession se trouve entre l'usucapion (3) et la *longi temporis præscriptio* (4), évidemment parce que toutes deux en découlent de la même manière. Ici aussi, quelques auteurs prétendent établir un certain rapport éloigné avec la matière de l'exécution (5).

Les *Basiliques* (6) s'adaptent généralement à l'ordre des Pandectes, en y intercalant seulement les titres du Code. Cependant il est digne de remarque que les interdits possessoires (7) s'y trouvent placés immédiatement après l'usucapion et avant le titre *pro emptore* (8).

4. Dans *Paul* (9), la possession ne se trouve traitée que comme l'une des conditions de l'usucapion. Mais, comme le titre qui porte la suscription « *de usucapione* » ne parle que de la possession et de la *longi temporis præscriptio,* et qu'il ne dit pas un mot de l'usucapion, il est fort probable que les auteurs de la compilation gothique auront fait ici des changements importants (10).

5. L'*Édit*, quoique plus ancien que toutes les autres sources indiquées, n'est cité ici qu'en dernier lieu, parce que l'ordre dans lequel il a été rédigé nous est très-imparfaitement connu. Le

(1) Cuj. *in paratit. in Dig.* lib. 41, t. 2.
(2) Giphanius, *in œcon. juris,* p. 162, *et in lectur. Altorph.,* p. 394.
(3) Lib. 7, t. 26-31.
(4) Lib. 7, t. 33-38.
(5) Giphanius, *in œcon. juris,* p. 162.
(6) *Lib.* 50, *tit.* 2, *in Meermanni Thes.,* t. 5, p. 42-80. Les interdits possessoires ne se trouvent cependant là qu'en partie ; le reste se trouve aux livres 58 et 60.
(7) *Loc. cit.*, p. 57.
(8) *Loc. cit.*, p. 58.
(9) *Receptæ sententiæ*, lib. 5, t. 2, *usucapione.*
(10) Schulting, *in rubr. tit. cit.*

passage relatif à la possession occupe une place très-différente dans les divers commentaires sur l'Édit. Dans celui d'Ulpien, les interdits sont traités en même temps que la possession ; l'usucapion se trouve très-loin de là. Dans le commentaire de Paul, c'est tout l'inverse. Le tableau suivant en donnera une idée :

		POSSESSION.	INTERDITS.	USUCAPION.
ULPIEN	*ad edictum.*			
	Lib. 11.			L. 6. *de usurp.*
	Lib. 12.			L. 1, *pro derelicto.*
	Lib. 15.			L. 1, *pro suo.*
	Lib. 16.			L. 10, *de usurp.*
	Lib. 69.	L. 10, *de poss.*	L. 3, *de interd.*	
			L. 1, 3, *de vi.*	
			L. 1, 3, *uti possid.*	
	Lib. 70.	L. 2, *de poss.*	L. 4, *uti poss.*	
		L. 6, *de poss.*	L. 1, *de superfic.*	
		L. 12, *de poss.*	L. 1, 3, *de itin.*	
			L. 1, *de aq. quot.*	
			L. 1, 3, *de rivis.*	
			L. 1, *de fonte.*	
	Lib. 71.		L. 1, *de cloac.*	
			L. 2, 4, 6, 8, *de prec.*	
	Lib. 72.	L. 13, *de poss.*	L. 1, *utrubi.*	
	Lib. 73.	L. 16, *de poss.*		
PAUL	*ad edictum*			
	Lib. 54.	L. 1, *de poss.*		L. 2, 4, *de usurp.*
		L. 3, *de poss.*		L. 2, *pro empt.*
		L. 7, *de poss.*		L. 1, *pro don.*
				L. 2, *pro derel.*
				L. 2, 4, *pro leg.*
				L. 2, *pro dote.*
				L. 2, *pro suo.*
	Lib. 65.		L. 2, 9, *de vi.*	
			L. 2, *uti poss.*	
	Lib. 66.		L. 2, 6, *de itin.*	
			L. 2, *de rivis.*	
	Lib. 67.		L. 4, *de interd.*	
			L. 6. 16, *quod vi.*	

Ces différences rendent à elles seules bien plausible la supposition que l'Édit ne parlait pas de la possession et que les commentateurs, voulant en traiter afin d'exposer une théorie complète, l'auront intercalée là où ils le croyaient convenable. Cette supposition se confirme d'ailleurs si l'on considère la tendance toute pratique de l'Édit; tout s'y rapportait aux voies à suivre pour faire valoir les droits en justice, et on ne conçoit guère qu'il ait pu s'occuper de la notion, de l'acquisition et de la perte de la possession. De semblables questions étaient sans aucun doute abandonnées aux théoriciens, et de cette manière les commentateurs de l'Édit furent amenés à parler de la possession, chacun là où il le jugeait à propos (1).

Il est encore plus facile d'établir que les droits que nous avons refusé de considérer comme des effets de la possession (2) ne se trouvent nulle part mis en rapport avec elle dans les sources du droit romain.

L'occupation et la tradition sont toujours mentionnées parmi les cas d'acquisition de la propriété, indépendants des règles du droit civil.

L'action Publicienne figure aux Institutes parmi les actions prétoriennes en général (3), et aux Pandectes à côté de la revendication (4).

La *fructuum perceptio* se trouve rangée dans la théorie de la propriété, parmi les modes d'acquisition de droit naturel; dans

(1) La première de ces deux observations est due à HEYSE; l'autre a été faite par HUGO (*Gœtt. Anz.*, 1818, p. 1558) et je l'ai ajoutée à ma 4e édition. (Voyez Appendice, n° 12.)

(2) Voyez notre § 3.

(3) Lib. 4, t. 6.

(4) Lib. 6, t. 2.

les Institutes, elle vient immédiatement après l'accession (1).

L'avantage qu'a le possesseur vis-à-vis du revendiquant, de ne pas devoir fournir de preuve, est appelé, il est vrai, aux Institutes, un *commodum possessionis* (2). Toutefois il en est question, non pas comme d'une partie intégrante de la théorie de la possession (3), mais seulement pour expliquer le fréquent usage et l'importance de l'interdit *retinendæ possessionis*.

La légitime défense n'est pas, comme de juste, considérée comme un droit spécial auquel il faille assigner une place déterminée dans le système des droits civils. C'est à propos d'une tout autre matière qu'il en est question et seulement d'une manière incidente.

Quant au droit de rétention, il n'occupe pas de place déterminée.

§ 5.

LA POSSESSION EST A LA FOIS UN DROIT ET UN FAIT.

Nous voilà donc fixés sur la valeur de la possession en droit romain : toute possession a trait soit à l'usucapion, soit aux interdits, et tous les textes qui s'occupent de la possession à un point de vue juridique n'ont d'autre but que d'établir la possibilité de l'usucapion ou des interdits.

Dès lors il nous sera facile de répondre à deux questions qui ont de tout temps soulevé de graves controverses. Faut-il considérer la possession comme un droit ou comme un fait? Si elle est un droit, à quelle catégorie de droits appartient-elle?

(1) § 35, *de rer. divis.*
(2) § 4, I, *de interdictis.*
(3) Celle-ci ne se trouve qu'au paragraphe suivant.

Quant à la première de ces questions, il est évident que dans son principe, et considérée en elle-même, la possession n'est qu'un simple fait; d'autre part, il est tout aussi certain que des conséquences légales y ont été attachées (1). Ainsi elle est à la fois un fait et un droit : par elle-même, c'est un fait; par ses conséquences, elle ressemble à un droit, et cette double nature est infiniment importante pour tout ce qui concerne cette matière.

En effet, la possession n'étant en principe qu'un simple fait, son existence est par là même indépendante de toutes les règles que le droit civil, ou même le *jus gentium*, ont tracées pour l'acquisition et la perte des droits (2). C'est ainsi que l'acquisition ou la

(1) Ces conséquences légales, que nous avons exposées jusqu'ici, précisent la signification du terme *jus possessionis*, que nous n'avions admis d'abord que provisoirement comme objet de nos recherches. Ce terme se retrouve dans plusieurs textes :

L. 44, *pr. de possess.*

L. 2, § 38, *ne quid in loco publ.*

L. 3, § 1, *ad L. Jul. de vi publ.*

L. 3, C. *de lib. causa.*

L'expression *dominium* ou *dominus possessionis*, dont quelques-uns ont fait un droit tout particulier, n'a pas la même signification.

L. 7, D. *de incendio.*

Cod. Gregor. III, 4, *const.* 1.

L. 2, *Cod. Just. ubi in rem actio*, III, 19.

Cod. Theodos. VIII. 18, *const.* 2.

Dans les trois premiers textes, *possessio* signifie un domaine, un bien-fonds; *dominus possessionis* est le propriétaire de ce domaine. Dans le passage du code de Théodose, l'expression a un sens beaucoup plus vague : elle désigne la détention, la jouissance d'une chose dont on n'est pas propriétaire : jouissance qui n'implique donc pas la faculté d'aliéner; ce n'est, au fond, qu'un usufruit, par conséquent pas même une véritable possession. Dans une constitution plus récente, la L. 10, C. *de poss.*, l'expression *jus possessionis* signifie *jus possidendi* et désigne par conséquent le droit que l'on a de posséder.

(2) Tel est le sens des passages suivants : « *Ofilius quidem et Nerva*

perte de la possession peut résulter de la violence, quoique celle-ci ne soit certes pas un acte juridique. C'est ainsi encore que la nullité d'un acte, par exemple d'une donation à cause du manque d'insinuation, ne pourrait empêcher l'acquisition de la possession. C'est ainsi enfin, toujours d'après cette même idée fondamentale, que la possession ne peut guère faire l'objet d'une transmission proprement dite; je veux dire qu'un possesseur ne peut jamais, comme tel, être dit le successeur du possesseur antérieur; il acquiert au contraire pour lui-même une possession nouvelle, indépendante de celle de son prédécesseur (1).

Cette règle toutefois n'est pas sans exceptions. Il est des cas où il faut admettre les droits découlant de la possession, quoique le fait qui devrait lui servir de base fasse défaut, et d'autres cas où il faut les refuser malgré l'existence de ce fait (2). Dans tous ces cas, la possession entre dans le domaine du droit, non pas seulement, comme ailleurs, à raison de ses effets, mais à raison de

filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt : EAM ENIM REM FACTI NON JURIS ESSE. » (L. 1, § 3, *de poss.*) — « ..... *possessio autem* PLURIMUM FACTI HABET. » (L. 19, *ex quib. caus. majores.*) — « ..... *quod naturaliter adquiritur,* SICUTI EST POSSESSIO, *per quemlibet... adquirimus* » (L. 53, *de adq. rer. dom.*). Ici l'acquisition de la possession est mise en opposition, non pas avec toute autre acquisition légale, mais avec l'acquisition selon le droit civil : cette opposition suffisait au but spécial de ce passage.

(1) Cette remarque, qui n'est pas sans conséquence, se trouve déjà dans DUARENIN, *in* L. 1., *de poss. p. m.* 838, 839. Et c'est à elle que se rapporte une controverse de Bulgarus et de Martinus. *Rogerius, de dissension. dominorum, num.* 73, *ed. Haubold, Lips.*, 1821, 8° : « *Differunt in eo an quis a me possidere valeat salva materia possessionis.* » (Voyez Appendice, n° 13.).

(2) Nos jurisconsultes appellent cette possession que l'on admet en droit, quoique la détention naturelle fasse défaut : *possessio ficta, impropria, interpretativa.* Albericus paraît avoir le premier employé ces termes. *Azonis Summa in Codicem, tit. de poss., num.* 15.

sa nature propre et comme cause déterminante de ces effets (1). Il est sans doute essentiel de connaître ces modifications que l'on a fait subir à l'idée première de la possession, c'est-à-dire de savoir distinguer dans quels cas il y a réellement possession. Du moment qu'on en a bien saisi la notion première, il n'est guère difficile de reconnaître les exceptions que nous signalons et de les distinguer des autres cas où les principes généraux conservent leur empire. Du reste cette recherche n'a guère d'importance pratique. Cuperus a adopté la méthode très-peu commode de réunir toutes ces exceptions en un tableau, et il en a porté le nombre jusqu'à soixante-treize (2). Mais un tel catalogue synoptique, bon peut-être pour celui qui connaît déjà la matière, n'offre que bien peu d'utilité à celui qui veut l'étudier. Voilà pourquoi nous traiterons de ces diverses modifications de la possession en leur lieu et place, c'est-à-dire là où se trouve exposée la règle à laquelle elles dérogent.

La double nature de la possession ressortira encore plus clairement de l'application suivante : personne ne peut acheter sa

(1) « ..... *plurimum ex jure possessio mutuatur.* » (L. 49, pr. *de poss.*) — « *Possessio non tantum corporis, sed et juris est.* » (L. 49, § 1, *de poss.*) Il ne faut donc pas confondre ces passages avec ceux que nous avons cités plus haut et qui parlent du *jus possessionis*, quoique le caractère juridique que l'on reconnaît à la possession se rapporte à ce *jus possessionis*. ZACHARIÆ (*de poss.*, p. 13) interprète les mots *ex jure* par *e servitute, ex usufructu*. Mais *possessio ex usufructu aliquid mutuatur* signifie : La possession emprunte à l'usufruit une de ses règles, en d'autres termes, une des règles faites originairement pour l'usufruit est appliquée à la possession. D'après cela, le raisonnement de Papinien serait le suivant : L'esclave dont j'ai l'usufruit peut acquérir un usufruit pour moi; or la possession emprunte souvent les règles de l'usufruit, donc cet esclave pourra aussi m'acquérir la possession; mais telle n'a certes pas été l'argumentation de Papinien.

(2) *De nat. poss.* P. 1, c. 6.

propre chose; un tel contrat serait nul (1). Il en est de même pour le louage, le *precarium*, le dépôt, le commodat (2). Mais il y a une exception à cette règle, c'est lorsque le propriétaire contracte dans de telles conditions par le motif qu'un autre a la possession de la chose. Il y a alors *emptio possessionis* (3), *conductio possessionis* (4), *precarium possessionis* (5), ou encore, par analogie, *possessionis depositum* et *commodatum*. Cependant ces expressions ne veulent pas dire que ce sont ces actes qui ont pour effet de transférer la possession juridique; celle-ci n'est acquise à l'*emptor possessionis* que par l'*apprehensio*, par laquelle il l'eût aussi obtenue indépendamment de tout contrat de vente. Le *conductor possessionis* au contraire, de même que le commodataire, n'acquiert jamais la possession juridique. Le *precarium* enfin et le *depositum* se règlent ici tantôt sur la vente, tantôt sur le louage. — La véritable portée de ces expressions est donc que ces contrats, qui en règle générale devraient être nuls faute d'objet juridique, deviennent valables à raison de la possession qu'avait jusque-là l'autre contractant, possession que la loi positive reconnaît et consacre. — Or tout ceci se rattache intimement au double caractère que nous avons reconnu à la possession. En effet, la possession est un fait, en tant qu'elle se base sur un état de choses complétement étranger au droit, sur la détention, et voilà pourquoi ces contrats que nous avons cités n'ont aucune influence sur l'acquisition de la possession. Mais la possession est en même temps un droit, en ce que des droits sont attachés à cet état de choses, et voilà pourquoi la possession peut, aussi bien que la

(1) L. 21, *de usurp.*
(2) L. 21, *de usurp.* — L. 4, § 3, *de precario.* — L. 15, *depositi.*
(3) L. 34, § 4, *de contrah. empt.* — L. 28, *de possess.*
(4) L. 28, 37, *de poss.* — L. 35, § 1. — L. 37, *de pign. act.*
(5) L. 28, *de poss.* — L. 6, § 4. — L. 22, *pr. de precario.* — L. 33, § 1, *de pign. act.*

propriété, servir d'objet à la vente ou à d'autres contrats et les rendre valables. (Voyez Appendice, n° 14.)

Dans ce sens donc, la possession est à la fois un droit et un fait. Il serait fort peu utile de citer les nombreuses dissertations auxquelles cette question a donné lieu dans la doctrine, et il serait tout aussi peu instructif de les lire. Cuperus a en général parfaitement approfondi la question (1); aussi depuis lors n'a-t-elle plus soulevé de doute (2).

§ 6.

CLASSIFICATION DU *JUS POSSESSIONIS*.

La seconde question que nous nous sommes posée était celle de savoir dans quelle catégorie de droits il fallait ranger la possession.

Si l'on ne considère la possession qu'au point de vue de l'usucapion, dont elle est une des conditions, la question posée ne se conçoit guère. En effet, personne ne demandera jamais à quelle classe de droits appartient la *justa causa*, sans laquelle la tradition ne saurait transférer de propriété. Elle n'est pas un droit, mais seulement un des éléments de l'acte qui fait acquérir la propriété. Or, la possession, en tant qu'élément de l'usucapion, est exactement dans le même cas.

Nous n'avons donc plus à nous occuper ici que de la possession qui sert de base aux interdits. A ce point de vue, la question posée peut se résoudre sans que nous devions nous arrêter à exposer une classification complète de tout le droit civil, ce qui interromprait considérablement le cours de nos recherches.

(1) *De nat. poss.*, P. 1, c. 5.

(2) ZACHARIÆ (p. 11) a de nouveau traité la question, mais sans nous apprendre rien de nouveau. (Voyez Appendice, n° 15.)

Il suffira d'établir que la possession se rattache à la théorie des obligations, dont la notion peut être supposée comme parfaitement déterminée en droit romain. Ceux donc qui divisent tous les droits patrimoniaux en droits réels et en droits personnels devront par là même écarter de la possession toute idée de droit réel ; ceux, au contraire, qui n'admettent pas cette division devront commencer par trouver dans leur système une place à assigner à la théorie des droits personnels ou des obligations ; de cette manière la possession aussi se trouvera classée.

Or, que les interdits possessoires appartiennent à la théorie des obligations, cela résulte déjà de ce que les interdits en général se rattachent à cette classe de droits (1). Mais il y a moyen

(1) (Add. de la 6e éd.) L. 1, § 8, *de interdictis*. « *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.* » Les mots : « *licet in rem videantur concepta* » signifient « sans excepter même ceux qui, etc. » Car ils ne concernent certes pas tous les interdits, tels que notamment les interdits possessoires, mais seulement quelques-uns d'entre eux, par exemple l'*interdictum quorum bonorum*. FEUERBACH, *Civilistische Versuche*, 1re partie, p. 249, applique ces expressions à tous les interdits en général, et voilà pourquoi il commet l'erreur de les classer parmi les *in rem actiones* dans le sens large du mot. — Le caractère personnel du droit des interdits est bien exposé dans Hasse, *Rhein. Mus., VI*, p. 196, 197. Mais à la page 198 il paraît avoir mal compris le membre de phrase « *licet in rem videantur concepta.* » Voy. aussi BALLHORN, du *dominium*, p. 160.

(Add. de la 7e éd.) Voy. encore SAVIGNY, *Syst. des heut. rœm. R.*, vol. 4, p. 24. SCHMIDT V. ILMENAU, *civilist. Abhandlungen* (1841, n° 2), vol. 1, p 53. RICHTER, *Jahrbücher*, 1843, p. 585. Les exemples suivants nous expliquent comment les interdits peuvent se formuler d'une manière non personnelle : L 5, § 13, D., *quod vi aut clam* : « .... *cum interdictum sic sit scriptum* QUOD VI AUT CLAM FACTUM EST, *non ita* : QUOD VI AUT CLAM FECISTI, *latius porrigi... Labeo putat.* » L. 15, § 3, D., *de dolo* : « *In hac actione designari oportet cujus dolo factum sit* : QUAMVIS IN METU NON SIT NECESSE. » Dans l'un et l'autre cas, l'on ne saurait douter du caractère personnel de l'action.

de prouver encore qu'ils se basent spécialement sur des *obligationes ex maleficiis*. Pour l'*interdictum de vi*, cela ne souffre aucun doute (1); quant à l'*interdictum uti possidetis*, non-seulement il est nommé partout à côté de l'interdit *de vi*, mais aussi il ne se donne comme celui-ci que pendant la première année (2), et par conséquent il ne se donne aussi contre l'héritier qu'avec la même restriction que l'interdit *de vi* (3), ce qui nous ramène à la règle générale d'après laquelle l'obligation des héritiers, dans toutes les *actiones ex delicto*, est limitée à ce dont ils se trouvent enrichis (4). Les autres interdits ressemblent complétement à l'interdit *uti possidetis*, sauf l'*interdictum de precario;* mais à l'égard de celui-ci aussi, l'obligation de l'héritier est limitée exactement comme pour toute *obligatio ex maleficio* (5).

Mais si les interdits possessoires se basent sur des obligations naissant d'un délit, pourquoi ne les trouvons-nous pas, en droit

(1) A la L. 19 *de vi*, il est question d'un délit; à la L. 1, § 14, *eod.*, d'un *maleficium;* à la L. 1, § 15, *eod.*, d'une action noxale. De plus cet interdit ne se donne contre l'héritier qu'à concurrence de ce dont il se trouve enrichi : *in id quod pervenit;* et cela est expressément indiqué comme une conséquence de la règle générale applicable aux *obligationes ex delicto*. L. 3, pr. *de vi*. Enfin, en matière de *pacti exceptio*, on le place aussi à côté d'autres délits. L. 27, § 4, *de pactis*. Voy. plus loin, § 40.

(2) « ..... *intra annum* » L. 1, pr. *uti possid.*

(3) « ..... *honorariæ autem actiones* » (ce qui comprend aussi les interdits) « *quæ post annum non dantur*, NEC IN HEREDEM DANDÆ SUNT : *ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in..... interdicto unde vi*, etc., L. 33, pr. *de oblig. et act.*

(4) L. 38, 44, *de reg. jur.* — L. *un.* C. *ex delict. defunct. Cod. Herm.*, tit. 2. Voy. plus loin, § 37.

(5) « *Hoc interdicto heres ejus, qui precario rogavit, tenetur..... ex dolo..... defuncti hactenus.* QUATENUS AD EUM PERVENIT. » L. 8, § 8, *de prec.*

(Add. de la 7e éd.) Sur le rapport des actions possessoires et de la possession avec les *obligationes ex delicto*, voy. SAVIGNY, *Syst.*, vol. 5, § 247, *e.*

romain, traitées en même temps que ces dernières (1)? Uniquement parce que la classification des Romains reposait sur des raisons puisées dans leur procédure. Ils ne rangeaient sous la rubrique des obligations que celles qui produisent une *actio* proprement dite (2). Dès lors les interdits se trouvent séparés des obligations *ex delicto* uniquement à cause des formes de procédure qui leur sont propres. Si le préteur y avait attaché des actions proprement dites, ils auraient sans aucun doute figuré parmi les *obligationes ex maleficiis,* et cependant la nature du droit n'en serait pas moins restée la même. Or notre procédure ne connaissant pas les actions et les interdits des Romains, cette distinction n'ayant donc plus de valeur pour nous, nous ne devons pas hésiter à placer les interdits possessoires parmi les *obligationes ex delictis,* nous conformant en cela aux principes du droit romain lui-même.

Les interdits possessoires appartiennent donc à la théorie des obligations, et la possession n'y figure que comme la condition indispensable de ces interdits. Le *jus possessionis,* c'est-à-dire le droit qui découle de la possession, consiste dès lors uniquement dans la faculté offerte au possesseur d'invoquer la protection des interdits, dès que la violation de sa possession revêt une forme déterminée (3). Hors le cas d'un semblable trouble, la posses-

(1) Les *obligationes ex delictis* se trouvent dans les Institutes au livre 4, titres 1-4, aux Pandectes au livre 47; la matière des interdits est traitée dans les Institutes au livre 4, titre 15, et dans les Pandectes au livre 43.

(2) Voilà pourquoi cette rubrique : « *De obligationibus et actionibus.* » (*Dig.* lib. 44, t. 7). (Voyez Appendice, n° 16)

(3) SINTENIS s'élève en vain contre cette interprétation du terme *jus possessionis : Zeitschr. von Linde,* vol. 7, p. 259 et suiv. D'après lui, ces mots ne désigneraient pas le droit découlant de la possession (car alors il faudrait dire JURA *possessionis!* p. 260), mais plutôt la possession elle-même avec tous ses caractères juridiques distinctifs. (Note de la 6e éd.)

sion par elle-même ne donne aucun droit, ni un *jus obligationis*, ce qui va sans dire, ni un droit sur la chose, car un acte posé sur une chose n'est jamais légitime par cela seul que celui qui en est l'auteur possède cette chose.

La question qui vient de nous occuper a été de tout temps fort controversée. La plupart de ces controverses sont fort peu instructives et n'ont guère d'intérêt pour notre exposé, parce que l'on s'est presque toujours contenté de poser *a priori* certaines notions de droits réels et personnels, *jura in re* (ou *in rem*) et *jura ad rem*, puis de classer la possession dans une de ces catégories, ou de l'en exclure, sans jamais faire d'investigations nouvelles ou intéressantes sur la nature même de ces droits. Le point essentiel est de considérer comme décisif le rapport exclusif de la possession avec l'usucapion et les interdits. Doneau seul a fait ressortir cette place qu'occupe la possession dans l'ensemble du système (1), et pour l'établir il a du moins indiqué la plupart des points que nous avons eu à développer ici. Merenda, à en juger par une remarque incidente, ne semble pas avoir été loin de la vérité (2), mais son hypothèse l'a trop préoccupé pour qu'il ait pu en tirer parti.

Baldus a d'abord distingué quatre espèces de droits réels : la propriété, les servitudes, le gage et l'hérédité ; plus tard la possession (3), la dot, l'emphytéose et d'autres encore sont venus s'y joindre. Enfin Hahn s'est arrêté au nombre de cinq, savoir les quatre que nous venons de citer, et de plus la possession (4). Ses

(1) DONEAU, *Comment.* lib. 5, c. 6-13, en ce qui concerne l'usucapion, et lib. 15, c. 32-34, pour les interdits possessoires.

(2) *Controv.* lib. 12, c. 28... « *ubicunque de possessione agitur, ad interdicta respicimus, vel usucapionem.* »

(3) *Alciati respons.* L. 5, cons. 112, n. 4.

(4) *Diss. inaug. de jure in re. Helmst.* 1639, et d'une manière plus

écrits, quoique très-mauvais, ont cependant eu l'honneur de servir de drapeau à une école nombreuse (1). Quelques-uns ont essayé de résoudre la difficulté en plaçant le *jus possessionis* comme une partie spéciale et indépendante à côté du *jus in re* et *ad rem*, expédient qui ne s'explique que par l'impossibilité où l'on était d'en trouver un meilleur (2).

Les auteurs systématiques se sont toujours trouvés dans le plus grand embarras lorsqu'il s'agissait d'assigner à la possession une place dans leur système. Connanus (3) et Ayliffe (4) en parlent, et avec raison, à propos de l'usucapion, comme condition de celle-ci ; par contre, l'autre effet juridique de la possession, le droit aux interdits, manque complétement dans leur système. Domat (5) divise tout le droit civil en *engagements* et *successions;* dans la partie relative aux premiers, il parle aussi des *suites* qui peuvent les restreindre, et il range au nombre de ces suites — la possession et l'usucapion (6). Cela seul suffit pour

complète dans l'édition de 1664, in-4°. Il a reproduit sa manière de voir dans plusieurs écrits sur la possession.

(1) L'ouvrage suivant réfute cette opinion et prouve longuement que la possession n'est pas un *jus in re :* H. G. SCHEIDEMANTEL, *resp.* J.-F. RAPPOLT, *diss. de numero specierum juris in re, et præsertim : an possessio sit illis annumeranda. Stuttgard*, 1786.

(2) J.-B. FRIESEN, *resp.* STURM *de genuina poss. indole. Jenæ*, 1725, reproduit dans GOTTLIEB STURMII *disputationes Jenenses. Vitemb. s. a.* 4, *num.* 1. HOEPFNER adhère à cette manière de voir : *Commentar ueber die Inst.*, § 280, note 2.

(3) *Comm. jur. civ.* lib. 3, c. 8-10. (T. 1, p. 173-189, *ed. Neap.*, 1724, in-f°.)

(4) *A new Pandect of Roman civil law, London*, 1734, in-f°, *book* 3, t. 10, p. 336-344 : l'usucapion s'y trouve au titre 8e, et la donation est intercalée dans le 9e, afin de conserver autant que possible l'ordre des Institutes.

(5) *Lois civiles*, 1re partie (des engagements et de leurs suites). Liv. 3 (des suites qui ajoutent aux engagements ou les affermissent). Titre 7 (de la possession et des prescriptions), p. 258-276, éd. Paris, 1713, in-f°.

(6) A la rigueur, *engagement* n'est pas chez lui synonyme d'*obligation*,

prouver qu'il ne savait pas ce qu'était la possession en droit romain; aussi dans toute sa dissertation confond-il sans cesse trois idées que l'on doit soigneusement distinguer si l'on veut comprendre quelque chose à la matière de la possession, savoir : la *possessio*, la *possessio civilis* et le *jus possidendi*. Quelques auteurs plus récents (1) ont cru se tirer d'affaire en plaçant la possession dans la partie générale de leur système; mais de sa nature elle n'est en rien plus générale que la propriété ou n'importe quel autre droit.

Il est sur la nature juridique de la possession une autre erreur plus grave que toutes celles que nous venons de signaler; et cependant elle a si peu fait l'objet de discussions, qu'elle se retrouve chez des auteurs appartenant à toutes les opinions. Cette erreur consiste à ne pas considérer la possession comme un droit à part, mais comme une propriété provisoire, et les interdits comme des revendications provisoires, instituées seulement pour régulariser la procédure en revendication. Cette erreur, dont les

puisqu'il y comprend aussi le mariage et la puissance paternelle (*Traité des lois*, ch. 3, 4). Mais dans l'ouvrage même il ne parle que d'obligations, sans partir, il est vrai, d'une définition bien précise de ce qu'il entend par là. Voilà pourquoi il ne voit dans la possession que la confirmation et l'affermissement des obligations; ainsi, par exemple, l'acheteur obtient la propriété par la transmission de la possession : c'est là ce qu'il demandait au contrat de vente. Voy. *Traité des lois*, ch. 14, § 12.

(1) Par exemple, HOFACKER (*Princ. jur. civ.*, l. 3, sect. 2). Je dois ajouter quelques mots afin qu'on ne se méprenne pas sur le sens de ma critique. Du moment où l'on croit ne pouvoir se passer d'une partie générale, rien ne s'oppose à ce qu'on y place la possession : une partie générale n'a en effet d'autre raison d'être que la facilité de l'enseignement; et dès lors son contenu ne saurait être précisé par les données de la science. Seulement, en choisissant cette voie pour se faciliter l'exposé des principes, il est essentiel de reconnaître et d'établir le rapport dans lequel se trouve la possession avec la partie spéciale, c'est-à-dire avec le système proprement dit.

conséquences pratiques ont été peut-être plus graves que celles de toutes les autres, ne pourra se réfuter complétement que lorsque la nature des interdits aura été exposée. Nous devons, pour le moment, nous borner à rappeler quelques textes qui trouvent leur place ici, parce qu'ils ont pour objet la nature de la possession : « *nec possessio et proprietas misceri debent* (1), » et « *nihil commune habet proprietas cum possessione* (2). » Que ces passages n'ont pas seulement en vue d'exprimer la vérité triviale qu'il ne faut pas confondre le possesseur avec le propriétaire, c'est ce que prouvent les mots suivants qui font partie du second passage : « *et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis qui cœpit rem vindicare. Non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit* (3).

Depuis la publication de ma cinquième édition, plusieurs auteurs se sont prononcés de différentes manières sur la nature de la possession telle qu'elle a été exposée aux §§ 2, 5 et 6. Afin de pouvoir apprécier avec clarté et concision ces opinions divergentes, il sera à propos de reproduire avec un peu plus de détails ma propre manière de voir et de rectifier une modification que j'avais essayé d'y apporter.

(1) L. 52, pr. *de poss.*

(2) L. 12, § 1, *de poss.*

(3) L. 12, § 1, citée. Aucun texte de tout le titre de la possession n'a donné lieu à tant de commentaires. Le premier ouvrage imprimé relatif à la possession est un commentaire sur ce passage, par BOLOGNIN (*Bononiæ*, 1494, in-f°). Mais tous ces écrits n'ont en réalité aucun intérêt pour notre matière ; ils se bornent à examiner, à propos de ce texte, la question de savoir si le pétitoire et le possessoire peuvent se cumuler.

La possession ne nous apparaît d'abord que comme la faculté purement matérielle de disposer d'une chose, faculté étrangère, mais non contraire au droit, un simple fait sans caractère légal. Néanmoins ce fait se trouve protégé contre certaines violations, et c'est en vue de cette protection que l'on a posé des règles sur l'acquisition et la perte de la possession, tout comme s'il s'agissait d'un droit. Notre tâche consiste à rechercher le motif de cette protection et de cette assimilation d'un fait à un droit. Or ce motif se trouve dans le rapport existant entre le fait même de la possession et la personne qui possède; l'inviolabilité de celle-ci protége la possession contre tout trouble qui aurait pour effet d'atteindre en même temps la personne. C'est la personne comme telle qui doit être à l'abri de toute violence, puisque à son égard la violence est toujours contraire au droit. Or cet acte contraire au droit peut avoir diverses conséquences. Considérons, sous ce point de vue, d'abord les deux cas extrêmes qui peuvent se présenter. Premier cas : la violence n'atteint que la personne; second cas : la violence lèse et la personne et un droit qui lui appartient, par exemple le droit de propriété qu'elle a sur une chose. Le premier cas n'aura en droit civil d'autre effet que de produire une action en injures; quant au droit pénal, nous n'avons pas à nous en occuper. Dans le second cas, il n'est pas même nécessaire de supposer un acte de violence pour que le droit lésé trouve protection, puisque celle-ci lui est assurée en tout cas et indépendamment de toute idée de violence. Néanmoins la réunion de ces deux genres de torts peut produire des effets particuliers, au nombre desquels figure l'*actio vi bonorum raptorum*. — Entre ces deux hypothèses extrêmes, se trouve le cas où la violence faite à la personne trouble en même temps une possession, ou

même la lui enlève. Il n'y a pas là violation d'un *droit* subsistant par lui-même en dehors de la personne, mais l'*état* de celle-ci se trouve modifié à son désavantage ; et si l'on veut réparer complétement et dans toutes ses suites l'injustice résultant de l'acte de violence dont elle a été victime, il est indispensable de rétablir et de protéger l'état de fait que cette violence avait entamé. Telle est la véritable raison d'être des actions possessoires ; nous nous en convaincrons encore davantage en examinant de plus près la nature de cet état de fait. On a dit qu'il devenait semblable à un droit, à cause de la *présomption* de propriété qui s'y attache, et que c'est à ce titre qu'il doit être protégé (1). Mais cette présomption n'a en réalité aucune base juridique ; car dans le cas de simple possession, le droit de propriété peut tout aussi

(1) Dans mes troisième, quatrième et cinquième éditions, j'avais, à la fin du § 2, admis cette présomption, que j'abandonne aujourd'hui. Ce qui lui donne une apparence plausible, c'est qu'en matière de revendication, le demandeur doit prouver son droit, et qu'il est débouté si aucune des deux parties ne prouve rien. Mais la raison de ceci n'est pas dans la probabilité du droit du défendeur, elle découle de l'obligation imposée au juge de ne prononcer qu'en faveur de celui qui le convainc de la réalité de son droit, et, sans cela, de s'abstenir. Dans toute action personnelle, le demandeur doit également prouver son droit, et cette nécessité ne se base pas non plus sur une présomption contraire à l'existence d'une obligation quelconque.

(Add. de la 7e éd.) Cette présomption n'est pas précisément erronée en elle-même, puisque certes la majeure partie des possesseurs ont effectivement le droit pour eux ; il faut plutôt l'écarter à raison de la théorie toute spéciale du droit romain en matière de possession, par exemple parce que l'*exceptio vitiosæ po. sessionis ex persona tertii* n'est pas admise, et surtout parce que le procès concernant la propriété ne pourrait plus être rigoureusement distingué du procès au possessoire, distinction à laquelle le droit romain attache cependant tant d'importance. L'idée même de la *malæ fidei possessio,* qui est pourtant une véritable possession et donne droit aux interdits, ne saurait se concilier avec cette présomption.

bien appartenir à une autre personne qu'au possesseur. Ceci devient surtout évident si nous comparons la simple possession à la *bonæ fidei possessio*. Dans le cas de cette dernière, il y a en réalité une fiction du droit de propriété, et cette fiction n'est autre chose qu'une présomption, puisqu'elle est énervée par l'*exceptio dominii*. Or, la base de cette fiction, ou de cette présomption, se trouve uniquement dans le titre légal sur lequel s'appuie la *bonæ fidei possessio,* et comme la simple possession n'a pas un tel titre, il n'y a en elle aucune base légale d'une présomption de propriété. — Par contre, la *possibilité* de la propriété ne peut évidemment être déniée au simple possesseur; et c'est à raison de cette possibilité que la possession lui donne, soit en fait, soit au point de vue de la procédure, des avantages importants qui doivent lui être conservés ou restitués si l'on veut réparer les suites de la violence commise à son égard. Le premier de ces avantages, c'est d'être défendeur dans le procès relatif à la propriété, et, par conséquent, d'être dispensé de l'obligation de prouver (1). De plus, en sa qualité de possesseur, il peut prendre, relativement à la conservation et à la fructification de la chose, des mesures pour lesquelles il ne pourrait peut-être s'indemniser complétement par une action en dommages dirigée contre son adversaire. (Voyez Appendice, n° 17.) Et d'ailleurs, indépendamment de cette possibilité évidente de son droit de propriété, il a incontestablement l'avantage matériel de pouvoir se servir de la chose comme s'il en était propriétaire, aussi longtemps que le vrai propriétaire ne jugera pas convenable de l'actionner. Tous ces avantages réunis constituent l'intérêt lésé par la violence, et font produire à la possession des effets

(1) Voyez, plus haut, § 3, n° 4.

analogues à ceux que produirait un droit, quoiqu'elle ne soit certes pas un droit véritable (1). L'objection que le droit ne naîtrait ainsi que de la violation d'un droit est donc sans fondement, puisque la possession n'est pas prise en considération comme un droit, mais seulement comme constituant l'intérêt lésé par la violation d'un droit préexistant dans la personne du possesseur. Il serait plus plausible d'objecter que ces avantages de fait peuvent aussi accompagner la simple détention et que, pour être conséquent, on devrait donc aussi accorder les interdits à celui qui possède une chose pour autrui. Mais à cela nous répondrons : De deux choses l'une : ou ce dernier est d'accord, ou il est en opposition avec le véritable possesseur. Dans le premier cas, il n'a pas besoin d'interdits, puisque ceux du possesseur lui suffisent. Dans le second cas, s'il voulait invoquer les interdits contre le gré du possesseur, soit contre celui-ci même, soit contre un tiers, il ne le pourrait pas, parce qu'en le faisant il contreviendrait aux rapports obligatoires sur lesquels se base sa détention, et qui couvrent complétement tous ses intérêts. — Toutes les fois donc que nous recherchons quelle place doit être assignée à la possession dans le système du droit civil, nous devrons revenir

(1) Ces rapports, si essentiels pour l'intelligence de notre matière, deviennent encore plus clairs par l'analogie suivante : Dans le droit ancien, l'interdit *de vi* ne concernait que les immeubles, mais si celui qui avait expulsé un possesseur d'un immeuble avait en même temps enlevé ou détruit des choses mobilières, l'interdit s'appliquait aussi à ces pertes, comme comprises dans le tort causé au possesseur expulsé (§ 40). Les choses mobilières, qui par elles seules ne sont pas un objet de l'interdit, se trouvent ici attraites dans sa sphère d'action, à cause de leur liaison intime avec le fait même de l'expulsion. C'est d'une manière tout à fait analogue que la violation de la possession, quoique celle-ci ne soit pas un droit, devient le fondement d'une action, parce que cette violation est intimement liée à la violence injustement commise contre la personne du possesseur.

à cette déclaration : La possession n'a pas, comme droit, de place spéciale, puisqu'elle n'est pas un droit; mais elle engendre un droit personnel, celui d'invoquer les interdits possessoires; c'est à ce titre qu'elle a elle-même une très-grande ressemblance avec un droit proprement dit, et qu'elle exige des règles spéciales sur la manière de l'acquérir et de la perdre.

Diverses erreurs ont souvent obscurci la question qui nous occupe. En premier lieu, il en est beaucoup qui, en cherchant la place à assigner systématiquement à la possession, formulent la question de la manière suivante : Si l'on voulait écrire un ouvrage systématique sur l'ensemble du droit romain, où faudrait-il parler de la possession? La réponse ne peut se puiser qu'en partie dans la nature même de la possession; elle résultera principalement du plan même d'un tel ouvrage. Dès lors il pourrait arriver que les diverses parties de la théorie de la possession se trouvassent traitées à des endroits très-différents, et c'est en effet ce qui est arrivé à presque tous les auteurs d'ouvrages systématiques. — En second lieu, l'étude de l'histoire du droit pourrait nous montrer la possession tout autre à son origine que dans le droit romain moderne (1). Or une opinion puisée ainsi dans l'étude de l'histoire du droit ne saurait avoir d'influence directe sur la théorie de la possession dans le droit moderne. Car si la possession n'a plus la même base qu'autrefois, celle que nous lui reconnaissons dans le droit moderne doit être étudiée et expliquée tout comme si elle était la première ou même la seule qu'elle ait jamais eue. C'est aussi ce que j'ai fait, et voilà pourquoi l'étude historique ne pouvait pas, comme en d'autres matières, trouver sa place en tête de nos recherches.

(1) Voyez, plus bas, § 12, *a*.

J'exposerai maintenant les opinions de quelques auteurs modernes sur la question qui nous occupe, en les rangeant ici par ordre chronologique :

GANS, *System des rœmischen Civilrechts im Grundrisse*. Berlin, 1827, p. 202-216.

PUCHTA, *Rhein. Mus.*, vol. 3, p. 289-308 (1829) et surtout p. 305 et s.

RUDORFF, *Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss.*, vol. 7, p. 90-114 (1830).

THADEN, *über den Begriff des rœmischen Interdictenbesitzes*. Hambourg, 1833.

HASSE (*jun.*), *Rhein. Mus.*, vol. 6, p. 183 et s. (1833).

RAUH, *Geschichte der Lehre von Besitz;* 1834.

HUSCHKE, *Ueber die Stelle des Varro von den Liciniern*. Heidelberg, 1835, p. 75 et s., surtout p. 99-110.

Gans place la possession en tête des *jura in re*. Selon lui, avoir une chose par sa seule volonté particulière, c'est la posséder; l'avoir avec l'assentiment de tous, c'est en être propriétaire. La volonté particulière peut être tout à fait injuste; la volonté de tous a pour effet de légitimer la possession. La volonté particulière est protégée même lorsqu'elle n'est pas conforme au droit, parce qu'elle constitue déjà par elle-même quelque chose de substantiel qui doit être protégé (p. 211). La possession est un germe de propriété. Ce germe est protégé par des interdits, car il renferme la possibilité de se transformer en propriété par le moyen de l'usucapion (p. 211 et 214). — Mais cette volonté particulière, qui peut être illégitime, n'est autre chose que le simple fait; la volonté de tous, c'est le droit. Cela

revient donc à dire, en d'autres termes, que la possession est à la propriété ce que le fait est au droit ; or ce n'est pas là répondre à la question : Comment un fait (complétement illégitime peut-être) devient-il l'objet d'une protection légale? Gans affirme que la volonté par elle-même doit être protégée, même lorsqu'elle est illégale ; mais il ne justifie pas cette assertion. La loi, en thèse générale et selon sa nature, a pour mission de ne protéger la volonté privée que lorsqu'elle est conforme au droit ; elle doit la combattre lorsqu'elle lui est contraire. Il ne reste donc que le germe de propriété qui pourrait servir ici de justification, et cette manière de voir serait acceptable si les interdits avaient pour but de protéger la possession en tant que menant à l'usucapion, car c'est dans ce sens seulement qu'elle présente un germe de propriété naissante. Mais c'est l'action Publicienne qui a cette mission, tandis que les interdits protégent aussi la possession sans titre, et même la possession de mauvaise foi, qui certes ne renferme pas un germe de propriété (1). Au fond, cette explication ne nous explique donc rien.

Puchta me reproche de parler seulement des effets de la possession et non pas de ce qu'elle est. Cependant, dit-il, la possession *est* un droit qui a pour objet non pas la chose possédée, mais la personne, la volonté de celui qui possède. En protégeant la possession, c'est donc en réalité la personnalité même qu'on protége, et cela en tant qu'elle s'assujettit physiquement (non pas juridiquement) une chose.

Pour faire entrer la possession ainsi comprise dans l'ensemble de son système, l'auteur admet cinq espèces d'objets du droit : les choses, les obligations, les personnes en général, celles

(1) Voyez, sur ce point, des observations plus détaillées dans PUCHTA, p. 294, et RUDORFF, p. 95.

qui sont absorbées par notre personnalité, et notre propre personne. — Cette manière d'expliquer la protection accordée à la possession ne diffère pas essentiellement de la mienne. Moi aussi, je la base sur l'inviolabilité de la personne et sur le rapport qui s'établit entre elle et la chose qu'elle s'est assujettie. Ce qui est nouveau dans le système de Puchta, c'est qu'il admet une classe particulière de droits basés sur l'inviolabilité de la personne. Mais cela tient au plan de son système en général, et non pas à sa manière particulière d'envisager la possession (1).

Rudorff ne s'éloigne de mon opinion qu'en ce qu'il base la théorie de la possession sur le droit qu'on a de se protéger soi-même. D'après lui, les interdits possessoires seraient une des premières tentatives faites pour empêcher de se faire soi-même justice, tentatives poursuivies et complétées plus tard par les *leges Juliæ* et les constitutions impériales. Leur raison d'être serait donc dans le trouble apporté à l'ordre et à la paix publique. De ce qu'il faut empêcher ce trouble d'atteindre son but, et en détruire les effets, l'auteur déduit la nécessité de maintenir ou de rétablir la possession. — Sans doute, tout acte de violence peut s'apprécier juridiquement à un double point de vue, puisqu'il blesse à la fois l'ordre public et la personne privée. Sous ce rapport, on peut dire que la possession appartient au droit public et au droit privé; dans chacune de ces deux sphères de droit, il pourra y avoir lieu à des dispositions législatives qui lui sont propres, et tout ce que l'on fera dans l'une servira toujours aussi plus ou moins à atteindre le but dans l'autre (2). Mais

(1) On trouvera des observations plus détaillées sur cette manière de voir de PUCHTA dans RUDORFF, p. 101, et dans HASSE, p. 184.

(2) L. 27, § 4, *de pactis* : « *interdicto unde vi*, QUATENUS PUBLICAM CAUSAM CONTINGIT, etc. »

lequel de ces deux buts a-t-on principalement en vue dans les interdits possessoires? D'après Rudorff, ce serait celui du droit public, et il invoque surtout comme preuve le rapport que les sources admettent entre l'acte de se faire soi-même justice et la possession (p. 107). Mais ce fait s'explique suffisamment par l'affinité que nous venons de signaler entre ces deux ordres d'idées, et dès lors il ne tranche nullement la question. Je maintiens, au contraire, que des considérations du ressort du droit privé ont servi de base aux interdits possessoires, et voici mes raisons : D'abord la réunion constante des trois espèces d'interdits, *vi, clam* et *precario,* semble remonter à l'origine de cette matière; or dans chacun de ces trois cas il y a offense à la personne, tandis que l'ordre public n'est intéressé que dans le premier et nullement dans les deux autres. En second lieu, l'acte de se faire justice soi-même suppose l'existence d'un droit que l'on fait seulement valoir d'une manière irrégulière; or, en fait d'interdits possessoires, il n'est jamais question d'un tel droit, et le simple trouble de la possession, auquel se réfèrent les interdits *retinendæ possessionis,* ne saurait que difficilement être considéré comme une tentative de faire valoir un droit. En troisième lieu, si les interdits ne sont que le commencement de la prohibition de se faire justice soi-même, comment se fait-il qu'ils aient été si soigneusement élaborés dans tous leurs détails à une époque où des dispositions toutes différentes avaient déjà pourvu à cette prohibition? L'influence que les lois sur la défense de se faire justice soi-même peuvent avoir eue sur la théorie de la possession s'explique d'ailleurs suffisamment par l'affinité dont nous avons parlé plus haut (1).

(1) Voyez, plus loin, § 40; et d'autres observations sur cette opinion de RUDORFF dans HASSE, p. 187. (Voyez Appendice, n° 18.)

Thaden cherche d'abord à établir que la possession est un véritable droit, puis à préciser la nature de ce droit. C'est un droit, dit-il (p. 14 et s.), car le vol n'est possible qu'à l'égard de celui à qui on reconnaît un droit ; or il existe un *furtum possessionis*, et comme ce vol peut particulièrement se commettre à l'égard du créancier gagiste, qui a la véritable *possessio* de la chose donnée en gage, il faut en conclure que la *possessio*, que garantissent les interdits, est précisément ce droit que le vol méconnaît. Quant à la nature de ce droit (p. 63 et s.), c'est, selon l'auteur, un droit à la chose, établi pour protéger une acquisition de propriété qui est en voie de se faire. C'est ainsi que la possession qui mène à l'usucapion est protégée par l'action Publicienne ; mais outre l'usucapion, la possession conduit encore à quelques acquisitions que cette action ne protége pas, et comme celles-ci auraient été dénuées de toute protection, on a établi en leur faveur les interdits possessoires. Or ces acquisitions, qui nous révèlent la véritable raison d'être du droit de possession, sont les suivantes :

1° La *longi temporis præscriptio*, surtout dans son application aux fonds provinciaux, ce qui explique, entre autres, pourquoi les interdits concernaient principalement les immeubles ;

2° La prescription acquisitive *longissimi temporis* ;

3° La prescription fondée sur une possession immémoriale ;

4° La prescription extinctive *longissimi temporis*.

Ainsi la possession garantie par les interdits est tout à fait analogue à celle qui mène à l'usucapion ; elle n'en diffère que sous le rapport de l'étendue. Telle est, croyons-nous, l'essence de l'ouvrage de Thaden.

Cette opinion a une apparence de profondeur systématique qui nous oblige à en examiner avec soin les divers éléments. Or, dès l'abord, l'argument tiré du *furtum possessionis* est tout à fait insoutenable, car si la possession était l'objet juridique du vol, le voleur, volé à son tour, devrait avoir l'*actio furti,* puisqu'il a incontestablement la *possessio*. Or c'est précisément lui qui n'a certainement pas cette action (1). Par contre, il est tout aussi certain que des personnes, auxquelles la possession manque, jouissent de l'*actio furti;* tels sont l'usufruitier et l'usager, qui tous deux n'ont que la simple détention (2), et jusqu'au créancier auquel une chose est engagée par contrat, quoiqu'il n'ait pas même la simple détention, mais seulement une *actio in rem* pour arriver à la possession (3). La véritable base du *furtum possessionis* n'est donc pas la possession lésée, mais plutôt un *jus in re* impliquant un droit à une possession quelconque présente ou à venir, qu'elle soit d'ailleurs une vraie *possessio* ou une simple détention, et c'est ce droit, cet avantage, que le vol a lésé. — Les autres arguments ne valent guère mieux. La prescription fondée sur une possession immémoriale n'a en réalité été introduite dans le droit romain que par des erreurs de commentateurs. La prescription trentenaire est de date si récente, qu'elle ne peut évidemment servir à expliquer des interdits qui sont antérieurs de plusieurs siècles. Il ne resterait donc que la *longi temporis præscriptio,* surtout dans son application aux fonds provinciaux. Or, selon Thaden, cette prescription n'aurait pas été garantie par l'action Publicienne, par le motif que cette action ne concernait qu'une usucapion en voie de s'accomplir. Mais c'est précisément

(1) L. 76, § 1, *de furtis* (47, 2). Comp. L. 12, § 1; L. 71, § 1, *eod.*
(2) L. 15, § 1; L. 20, § 1; L. 46, § 3, *de furtis* (47, 2).
(3) L. 66, pr. *de furtis* (47, 2).

là une erreur complète. L'action Publicienne, au contraire, a été de fort bonne heure appliquée à des cas où il ne pouvait être question d'une usucapion proprement dite; par exemple à l'usufruit, aux servitudes prédiales, à l'*ager vectigalis*, à la *superficies*, et surtout aux fonds provinciaux (1). Pour tous ces cas, et particulièrement pour le dernier, l'action Publicienne était donc parfaitement suffisante, et ce n'est pas de ce côté que l'on a pu éprouver le besoin d'établir des interdits. En réalité, l'auteur n'a par conséquent rien prouvé de tout ce qu'il prétendait démontrer.

Hasse appelle la possession un droit sur la chose, mais un droit dans un sens relatif, c'est-à-dire qui ne vaut pas à tous égards, mais seulement à l'égard de celui qui voudrait attaquer la possession par voie de violence, etc. Au fond, cependant, la possession, selon lui, n'est pas elle-même ce droit; elle n'est qu'un fait, mais ce fait est toujours accompagné de ce droit latent, et participe par là même à une protection légale. Les Romains, dit-il, n'ont pas bien saisi cette distinction et ont désigné l'un et l'autre par le mot *possessio*. Quelquefois cependant elle se remarque aussi chez eux, nommément dans la L. 2, §§ 2, 3, *de interdictis*, où la *causa proprietatis et possessionis* doit s'entendre dans ce sens (p. 199, 200). — Il est difficile de distinguer ce droit à une chose qui n'aurait de valeur qu'à l'égard de ceux qui veulent s'en emparer par violence, d'une obligation incombant à ces

(1) L. 11, § 1, *de publiciana* (6, 2); L. 12, § 2, 3, *eod.* « *In vectigalibus* ET IN ALIIS PRÆDIIS, QUÆ USUCAPI NON POSSUNT, *publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt.* » Les *alia prædia* sont précisément les fonds provinciaux. Comp. CUJAS, *Observ. VII*, 3, et *in Paulum ad Edictum lib.* 19. Il est même probable que ce passage a été interpolé, de sorte que PAUL aurait dit : *In vectigalibus, stipendiariis et tributariis prædiis.*

derniers et qui présuppose l'existence du fait de la possession. De plus, je ne puis découvrir qu'une différence de mots entre la proposition d'après laquelle c'est la possession qui a droit à protection, et celle d'après laquelle cette protection se déduit non pas de la possession, mais d'un droit latent et sans nom, qui l'accompagne. Quant à l'explication donnée à la L. 2, *de interdictis*, elle me semble complétement manquée; il y a là une erreur réelle.

Rauh ne s'occupe de l'histoire de la possession qu'en tant qu'il conteste la déduction historique que j'ai essayé d'établir. Il la remplace par des motifs de droit d'une nature générale. D'après lui, la possession est une garantie contre ceux qui veulent se faire justice eux-mêmes (p. 46). Sous ce rapport, il se rapproche donc de l'opinion de Rudorff. De plus, il adopte la nouvelle explication que Thibaut donne de la *civilis possessio* (p. 56), mais il y mêle des erreurs particulières très-graves, et qui ne sauraient nullement être excusées par cette explication. Ainsi il prétend qu'en cas d'expulsion violente du possesseur, il y a lieu, d'abord, à l'interdit *de vi*, puis encore à l'interdit *uti possidetis*, quel que soit le possesseur actuel (p. 36). Les interdits seraient *in rem scripta*, exactement comme l'*actio quod metus causa* (p. 50 à 52). Le possesseur expulsé resterait possesseur juridique pendant une année encore, jusqu'à ce que l'interdit *de vi* fût éteint par prescription (p. 49). Ici surtout l'erreur est à son comble à cause de l'immixtion d'idées françaises.

Huschke enfin remonte aux origines mêmes de la nation romaine pour trouver une base à sa théorie de la possession. Les Romains, ou *Ramnes*, dit-il, représentent le corps : voilà pourquoi nous trouvons chez eux le fait, la possession et sa protection par l'intervention de l'autorité, c'est-à-dire les interdits. Les

Quirites, ou *Tities*, représentent l'âme : c'est pourquoi nous trouvons chez eux le droit, la propriété et, comme garantie, l'action judiciaire. Dans le cours des temps, la possession s'est rapprochée de la propriété, sans cependant jamais s'y fondre complétement (p. 105). Les *Ramnes* ont été remplacés plus tard par les patriciens, les *Tities* par les plébéiens, et c'est entre ces deux ordres que s'est perpétuée l'ancienne opposition. — Indépendamment de ce que cette explication a d'extravagant, et en admettant même que tout y soit aussi clair et bien établi qu'en réalité tout y est obscur et plein de doutes, elle ne nous apprendrait rien sur la question qui nous occupe. On y trouverait seulement l'explication historique du motif qui aurait porté les premiers Romains à parler d'une possession distincte de la propriété. Mais nous la trouvons toute développée chez les jurisconsultes classiques et dans la législation de Justinien ; l'explication doit donc en être recherchée dans les nécessités de la pratique, dans un intérêt actuel. Ce n'est certes pas en souvenir des anciens *Ramnes* que l'on aurait conservé les interdits possessoires, si le droit de propriété avait suffi aux exigences de la pratique ; car, à cette époque, personne ne songeait plus ni aux *Ramnes* ni aux *Tities;* il n'était même question que très-accessoirement de patriciens et de plébéiens à propos de quelques institutions de l'ancien droit. Aussi n'aurais-je pas parlé ici, et à propos de cette question, de l'écrit de Huschke, si lui-même ne s'y était attribué la mission « de dissiper à certains égards la confusion qui règne aujourd'hui dans la science du droit, notamment sur la question de savoir si la possession est ou non un droit, et sur quelle base juridique reposent les interdits (p. 109). » Si j'ai donc parlé ici mal à propos de cet écrit, et si je lui ai demandé ce qu'il ne pouvait nous donner, quelque par-

fait qu'il puisse être d'ailleurs, la faute en est à l'auteur lui-même. (Voyez Appendice, n° 19.)

§ 7.

POSSESSION CIVILE ET NATURELLE.

Jusqu'ici nous avons recherché et précisé la signification juridique de la possession d'après l'ensemble du système du droit romain. Il s'agit maintenant d'étudier les termes dont se servent les jurisconsultes romains qui traitent de cette matière. Nous aborderons immédiatement la partie la plus difficile et la plus importante de cette étude, en déterminant le sens des expressions *possessio*, *civilis possessio* et *naturalis possessio* (1).

Afin de mieux préciser la portée des preuves que j'ai à fournir par l'interprétation des textes, je préfère exposer d'abord sommairement les résultats que j'en déduirai. En principe, le mot *possessio* désigne la simple détention, c'est-à-dire un fait purement physique, étranger au droit. Aussi longtemps qu'il n'existe

(1) Il a été prétendu récemment que c'était là une étude tout à fait infructueuse, parce que ces distinctions étant nées de l'usage, et ayant été empruntées par les jurisconsultes au langage vulgaire, les termes qui les désignent étaient passés dans le droit avec le sens vague et indéterminé qu'ils tenaient de leur origine. Il en serait de ce cas comme des expressions *lata* et *levis culpa* et d'autres de ce genre. Voy. ZACHARIÆ *Besitz und Verjæhrung*, p. 6, 7, 37. — Cette objection manque absolument de fondement. *Lata* et *levis culpa* désignent une distinction purement morale en principe, dont l'origine appartient par conséquent à un domaine autre que celui du droit. Il en est tout différemment des termes *civilis* et *naturalis possessio* : ceux-ci désignent dès le principe quelque chose de juridique : rien, en dehors du domaine du droit, ne répond à ces expressions ; elles n'ont donc pas été empruntées au langage vulgaire, et ce n'est pas là que l'on pourrait chercher la cause d'un sens vague et mal déterminé.

aucune autre notion qu'il faille distinguer de cette détention, le besoin d'ajouter une épithète au mot *possessio*, pour dire qu'il désigne un fait purement physique, ne se fait pas sentir. Mais la détention peut sous certaines conditions acquérir une valeur juridique, en menant à la propriété par l'effet de l'usucapion. Elle s'appelle alors *civilis possessio*, et dès lors il devient nécessaire d'en distinguer par un terme spécial toute autre espèce de détention : on appelle alors celle-ci *naturalis possessio* et on entend par là, en général, toute *possessio* qui n'a pas, comme la *civilis possessio*, acquis de valeur juridique. — Toutefois la détention peut encore, à un autre titre, acquérir une valeur juridique, c'est ce qui arrive lorsqu'elle devient la base des interdits : elle s'appelle alors simplement *possessio*, et tel est le sens de ce mot lorsqu'il est employé sans épithète et cependant dans un sens technique; toute autre détention, par opposition à la possession que garantissent les interdits, s'appelle encore *naturalis possessio*, pour exprimer qu'elle n'est qu'un fait physique, étranger au droit, exactement comme lorsqu'il s'agit de la distinguer de la *civilis possessio*. — Il y a donc deux espèces de possessions juridiques : *civilis possessio* ou possession menant à l'usucapion, et *possessio* ou possession protégée par les interdits (1); et tout ce que nous avons dit, au § 5, des modifications juridiques que la notion de la possession peut subir, doit s'entendre de l'une de ces deux espèces de possession, ou de toutes les deux en même temps. Voici dans quelle relation elles sont l'une à l'égard de l'autre : la possession qui produit l'usucapion

(1) La première est désignée dans la L. 16, *de usurp.*, par l'expression : « AD USUCAPIONEM *tantum possidet;* » comp. L. 1, § 15, *de poss.;* la seconde est désignée de la manière suivante dans la L. 9, *de rei vind.* : « *possessionem* QUÆ LOCUM HABET INTERDICTO *uti possidetis vel utrubi.* »

comprend toujours celle qui sert de base aux interdits, et n'en diffère que parce qu'elle exige quelques conditions de plus (1). Celui donc qui possède *ad usucapionem* a toujours aussi droit aux interdits (2), mais l'inverse ne serait pas vrai. — L'expression *naturalis possessio* a, comme nous l'avons vu, deux significations, qui toutes les deux sont négatives et n'expriment qu'une antithèse logique. — Telles sont les propositions que nous aurons à établir (3).

1. *Civilis possessio* et, par opposition, *naturalis possessio*.

Le mot *civilis* a principalement deux significations techniques. D'abord il désigne en général le droit privé par opposition au droit criminel. Ici, où nous ne nous occupons que de droit privé, il ne peut être question de cette opposition. En second lieu, dans le droit privé, ce mot désigne tout ce qui est le produit d'une *lex*, d'un *senatusconsultum* ou du droit coutumier, à l'exclusion

(1) (Add. de la 7e éd.) La *civilis possessio*, dont il est question aux §§ 7 et 9, n'existe pas seulement lorsqu'il y a bonne foi et juste titre, mais aussi : 1° dans l'ancienne *lucrativa pro herede possessio* ; 2° dans l'*usureceptio*.

(2) Une exception apparente se présente lorsqu'un débiteur remet un gage à son créancier : l'usucapion se produit à son profit, mais il n'a pas les interdits. Toutefois ce n'est pas une *possessio civilis* qui sert de base à son usucapion ; c'est en vertu d'une fiction toute particulière qu'il est considéré comme s'il avait cette possession ; en d'autres termes, on fait en sa faveur exception à la règle : *sine possessione usucapio contingere non potest*. (Voy. plus loin, § 24.)

(3) Voici des textes où l'on trouve les principales de ces expressions :
Naturalis possessio : L. 1, § 1. — L. 3, §§ 3, 13, *de poss.* — L. 2, § 2, *pro her.* — L. 1, § 9, *de vi*.
Possessio naturalis : L. 38, § 10, *de usuris*. — L. 38, § 7, *de verb. obl.*
Possessio non solum civilis sed etiam naturalis : L. 2, § 1, *pro her.*
Possessio quæ est naturalis : L. 11, *de acq. rer. dom.*

de ce qui a pris naissance dans le *jus gentium* ou le droit prétorien. Cette seconde acception du mot *civilis* subit encore diverses modifications (1); mais c'est dans le sens général indiqué ici, qu'il est le plus souvent employé par les jurisconsultes romains. C'est ainsi, pour ne citer que quelques exemples, que l'agnation seule s'appelle *civilis cognatio* (2), quoique toute autre *cognatio* produise d'importants effets dans le *jus gentium* comme dans le droit prétorien, et constitue donc certes aussi une parenté légale. Il en est de même de la *civilis actio*, de la *civilis obligatio* et ainsi de suite. Si nous interprétons dans ce sens l'expression *civilis possessio*, nous entendrons par là le genre de possession que reconnaît le droit civil, c'est-à-dire la possession de l'existence de laquelle dépendra l'application d'une règle du droit civil. Or nous ne trouvons dans tout le droit civil qu'un seul droit dont l'application présuppose la possession; ce droit, c'est l'usucapion. Il s'ensuit que *civiliter possidere* et *ad usucapionem possidere* sont synonymes (3).

Il n'est certes pas nécessaire de s'arrêter à prouver que l'usucapion est réellement du domaine du droit civil; quant aux inter-

(1) Par exemple dans la L. 2, §§ 5, 12, *de orig. juris.*

(2) L. 4, § 2, *de gradibus.*

(3) Il est vrai que la *civilis possessio* est aussi la condition de la *longi temporis præscriptio* (§ 2) et que celle-ci n'appartient pas au *jus civile*; cependant cela ne contredit pas ce que nous venons de dire. En effet, la notion de la *possessio civilis*, qui sert de fondement à l'usucapion, se trouvant élaborée et précisée, on n'a fait que l'appliquer à une autre institution, qui, formée sur le modèle de l'usucapion et destinée à y suppléer, lui avait tacitement emprunté toutes les conditions qui n'étaient pas en opposition avec le but même de la *longi temporis præscriptio*. Dès lors, de nouvelles expressions techniques n'étaient pas nécessaires pour exprimer ces conditions.

dits, ils ne sauraient y appartenir, puisqu'ils sont nés de l'Édit. Pour ne laisser à cet égard aucun doute, je rappellerai deux textes qui pourraient faire croire que les interdits appartiennent néanmoins au droit civil. Le premier est de Cicéron (1). Pour prouver que celui qui se voit empêché par violence de rentrer dans son héritage doit être assimilé au *dejectus* et pouvoir invoquer l'*interdictum de vi*, Cicéron se sert de l'exemple suivant : « *Quæro si te hodie domum tuam redeuntem coacti homines et armati, non modo limine tectoque ædium tuarum, sed primo aditu vestibuloque prohibuerint, quid acturus sis? Monet amicus meus te, L. Calpurnius, ut idem dicas quod ipse antea dixit, injuriarum. Quid? ad causam possessionis? quid? ad restituendum eum, quem oportet restitui?* QUID DENIQUE? AD JUS CIVILE? *aut ad (actoris) notionem et ad animadversionem ages injuriarum?* » Quelque difficile que soit l'interprétation de ce passage (2), il est clair que Cicéron veut nier toute espèce de rapport entre l'action en injure et la restitution de la possession, c'est-à-dire le *jus civile* : il semble donc considérer les interdits comme du domaine du droit civil. Mais comme l'*injuria* dont il est ici question était, depuis la *lex Cornelia* (3), un *crimen publicum*, il est évident que *droit civil* est mis ici en opposition avec *droit criminel*. Or dans ce sens tout l'Édit appartient incontestablement au droit civil ; mais

(1) *Pro Cæcina*, C. 12.

(2) La difficulté disparaît si l'on efface le mot *actoris*, comme le propose GARATONI, et que l'on adopte la ponctuation que nous venons d'observer. HEISE propose de lire « *auctoris;* » cela signifierait alors : « pour punir l'auteur, etc. »

(3) « *Lex Cornelia de injuriis competit ei, qui injuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum, verberatumve,* DOMUMVE SUAM VI INTROITAM *esse dicat.* » L. 5, *pr. de injuriis.* C'est dans ce sens que CICÉRON se sert des mots *notio* et *animadversio.*

cela ne prouve rien relativement à l'autre acception des mots *jus civile;* bien plus, Cicéron lui-même les emploie peu auparavant dans ce sens (1). — Le second passage qui pourrait nous faire prendre les interdits pour une institution du droit civil, est de Pétrone (2) : « JURE CIVILI *dimicandum, ut, si nollet alienam rem domino reddere,* AD INTERDICTUM VENIRET (3). » Quelques interprètes (4) ont prétendu que ces mots *ad interdictum venire* désignaient en général la juridiction du préteur et pouvaient donc aussi s'entendre de la revendication; mais il serait difficile de baser cette interprétation sur des textes. Il est plus plausible de n'accorder aucune autorité à Pétrone là où il s'agit d'une expression juridique dont le sens est si bien déterminé par des auteurs antérieurs et postérieurs.

Il n'y a donc point de rapport entre la *civilis possessio* et les interdits ; il n'y en a pas davantage entre elle et les autres effets qu'on attribue à la possession, par la raison bien simple que ces effets ne sauraient être jamais considérés comme les conséquences d'une espèce quelconque de possession juridique (§ 3). Quant à la *civilis possessio,* il est encore à remarquer que la plupart de ces conséquences n'appartiennent même pas au droit civil : la tradition n'y appartient que lorsqu'il s'agit d'une *res nec mancipi* (5) ; l'occupation et l'action Publicienne, que donne entre autres la tradition d'une *res mancipi,* n'y appartiennent jamais ; la *fructuum perceptio* pas davantage, puisqu'elle suppose la

(1) *Pro Cæcina,* C. 12 : « ..... *Quod agas mecum ex* JURE CIVILI AC PRÆTORIO *non habes.* » C'est-à-dire : Vous n'avez ni la revendication, ni un interdit.

(2) *Satyr.,* C. 13 (p. 48, éd. de Burmann, 1709).

(3) Voy. plus loin, au § 39.

(4) Par exemple, TURNEBUS (*adversar. lib.* 19, *cap.* 6).

(5) *Ulpiani fragm.* tit. 19, § 7.

bonæ fidei possessio de la chose principale. La faveur de ne pas devoir prouver, faveur accordée à tout défendeur, n'a certes jamais été considérée par aucun jurisconsulte romain comme étant de droit civil. Il en est de même du droit de légitime défense (1).

Tout ce que nous venons de dire, en nous basant sur le sens général du mot *civilis,* se confirme par plusieurs textes d'anciens jurisconsultes. Avant de les interpréter, une remarque préalable sera nécessaire. En supposant que la *possessio civilis* emprunte son nom au *jus civile*, l'expression *civiliter non possidere*, ou *jure civili non possidere,* peut avoir une double signification selon que par le mot *civiliter* on en a vue l'effet ou la cause du *non possidere.* — En premier lieu, ces mots peuvent signifier l'absence de cette possession que le droit civil considère comme telle; dans ce cas, ils sont la négation pure et simple de toute *civilis possessio*, et présentent de l'intérêt au point de vue de notre étude. En second lieu, ces mots peuvent signifier l'absence totale de toute possession quelconque, absence fondée sur un motif puisé dans le droit civil; cette acception n'a pas actuellement d'intérêt pour nous, puisqu'elle n'a aucun rapport avec la *civilis possessio.* Il est, dans la plupart des cas, facile de préciser dans lequel de ces deux sens ces mots sont employés : ainsi, par exemple, il est évident qu'ils sont pris dans le premier sens, lorsque d'ailleurs l'existence d'une *possessio* peut s'établir par d'autres preuves; il faudra au contraire les prendre probablement dans la seconde acception, quand d'autres circonstances prouveront l'absence totale de toute possession (2).

(1) L. 3, *de justitia et jure.*

(2) C'est cette distinction, si importante dans son application à l'interprétation des textes, qui achève de donner une certitude complète à

Il y a cinq cas dans lesquels il est question de *civilis possessio*, de *civiliter possidere* et *non possidere*. Deux de ces cas prouvent à l'évidence mon système; les trois autres ne fournissent de preuve certaine ni pour ni contre ; à leur égard, il suffira donc de démontrer qu'il y a moyen de les expliquer d'après mon hypothèse, et que par conséquent ils ne la contredisent pas.

a. Le créancier auquel un gage a été remis n'en est pas possesseur civil (1).

« *Sciendum est, adversus possessorem hac actione (ad exhiben-*
« *dum) agendum : non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui*
« *naturaliter incumbat possessioni.* DENIQUE CREDITOREM, QUI
« PIGNORI REM ACCEPIT, AD EXHIBENDUM TENERI PLACET. »

Voici la portée de ce passage : L'*actio ad exhibendum*, dit le jurisconsulte, ne s'intente pas seulement contre celui qui a la *civilis possessio*. Il prouve cette assertion par l'exemple du créancier gagiste, et pour passer de la règle à l'application, il se sert du mot *denique* (*ainsi*, *par exemple*), se conformant en cela

mon interprétation de la *civilis possessio*. Elle se trouve dans un supplément de THIBAUT à son édition de CUPERUS, et avant cela déjà dans l'examen qu'il a fait de mon ouvrage dans la *Allgemeine Literatur Zeitung*, 1804, n° 41. Plus tard lui-même s'exprima à ce sujet comme suit : « Formulée ainsi, nous croyons que la théorie de l'auteur sur la *civilis possessio* est irréfutable. » (*Allg. Lit. Zeit. — Ergœnzungsblœtter*, 1806, vol. 2, p. 530). Un critique de THIBAUT (*Gœttinger Anz.*, 1804, p. 1431) fait observer avec raison qu'une trace de cette distinction se trouve déjà dans la glose sur la L. 24 *de poss.*, sans démonstration, il est vrai, et sans qu'il en soit fait d'application : « *Dic ergo civiliter, i. e. de jure civili non possidet, neque civiliter, neque naturaliter.* » THIBAUT a, il est vrai, rejeté récemment cette double signification des mots *civiliter non possidere*, et même il l'a presque traitée d'absurde (*Archiv* XVIII, 328, 329), sans rien dire des preuves que lui-même avait d'abord apportées à l'appui de cette distinction et sans les réfuter. (Note de la 6e éd.)

(1) L. 3, § 15, *ad exhibendum*.

à un usage assez fréquent dans les Pandectes (1). Les deux fragments qui suivent notre texte (2), et dont le second a dû s'y trouver réuni dans l'ouvrage d'Ulpien, renferment encore plusieurs autres exemples ; de manière que ces trois textes ne forment qu'un seul tout. Cette liaison est si claire et si naturelle, qu'on ne l'aurait probablement pas méconnue si l'on n'était déjà parti d'une notion fausse de la *civilis possessio*. La glose ajoute au mot *creditor* l'observation : *hic civiliter possidet*, ce qui pourrait aussi être une objection contre le texte et prouverait qu'il n'a pas précisément été mal compris. Frider (3) veut même prouver par là que le créancier gagiste est possesseur civil. Cuperus (4) détruit toute l'harmonie de ce fragment en soutenant arbitrairement qu'à partir du mot *denique*, le jurisconsulte parle d'un autre objet sans aucun rapport avec ce qui précède. Ce ne pourrait être qu'une répétition surabondante, puisque les deux hypothèses citées de la *civilis* et de la *naturalis possessio*, auxquelles il vient d'appliquer sa règle, renferment tous les cas possibles. Il n'aurait certes

(1) « *In omni fere jure, finita patris potestate, nullum ex pristino retinetur vestigium :* DENIQUE *et patria dignitas quæsita per adoptionem, finita ea, deponitur.* » L. 13, *de adopt.*

« *In quæstionibus læsæ majestatis etiam mulieres audiuntur : conjurationem* DENIQUE *Sergii Catilinæ Julia mulier detexit, et Marcum Tullium consulem indictum ejus instruxit.* L. 8, *ad legem Juliam majestatis.* »

« *Nemo enim in persequendo deteriorem causam, sed meliorem facit.* DENIQUE *post litem contestatam heredi quoque prospiceretur, et hæres tenetur ex omnibus causis.* » L. 87, *de reg. jur.*

Ce sens du mot *denique* peut du reste se ramener à celui de *sane* ou *certe* qui est plus usuel. César, *de bello gall.*, lib. 2, c. 33, page 83, *ed. Lips.* 1780. SÉNÈQUE, *de ira*, lib. 3, c. 18. — THON, p. 116, cite beaucoup de passages semblables. Voy., par contre, THIBAUT, *Archiv* XVIII, 338.

(2) L. 4, 5, *ad exhibendum.*

(3) *De materia possessionis*, c. 4, § 13.

(4) *De nat. poss.* P. 1, c. 3, p. 35.

pas eu recours à une interprétation qui rend si suspecte la logique des jurisconsultes romains, s'il avait pu concilier d'une autre manière ce pasage avec l'idée qu'il se forme de la *civilis possessio*.

Il est donc bien certain que le créancier gagiste n'a pas de *civilis possessio*. Nous n'avons plus maintenant qu'à rechercher l'étendue des droits inhérents à sa possession pour démontrer ce que les Romains entendaient par *civilis possessio*; or le passage suivant précise ces droits d'une manière bien nette (1) :

« ... *Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet* : « QUOD AD RELIQUAS OMNES CAUSAS PERTINET, QUI ACCEPIT, POS- « SIDET... »

Le créancier *possède* donc sous tous les rapports juridiques, sauf en ce qui concerne l'usucapion : dès lors la *civilis possessio* que l'on affirme ne pas lui appartenir, ne peut être que la possession habile à produire l'usucapion (2).

b. Le deuxième cas où il est question de *civilis possessio* concerne la prohibition des donations entre époux. Une telle donation ne produit pas de *civilis possessio* :

L. 26, pr. *de don. int. vir. et uxor.*

« ... *Licet illa* (*uxor*) JURE CIVILI POSSIDERE NON INTELLI- « GATUR (3). »

(1) L. 16, *de usurp. et usuc.*

(2) Comp. THON, p. 115, et THIBAUT, p. 337. (Note de la 6e éd.) (Voyez Appendice, n° 20.)

(3) Nous trouvons ici déjà un exemple de cette ambiguïté des mots *jure civili non possidere* que nous avons signalée plus haut. Mais comme il est impossible de nier dans l'espèce l'existence d'une véritable possession juridique, ainsi que nous le verrons plus loin, ces mots ne peuvent signifier ici autre chose que la négation de la *civilis possessio*. — THIBAUT (*Abhandl.*, p. 343) traduit ainsi : « même si l'on voulait soutenir, comme

L. 1, § 4, *de poss.*

« *Si vir uxori cedat possessione, donationis causa, plerique pu-*
« *tant possidere eam* (remarquons que les mots *plerique putant* impliquent ordinairement l'adhésion du jurisconsulte à l'opinion qu'il relate; c'est d'autant plus vrai dans cette circonstance que Paul ajoute un motif de plus à l'appui de cette opinion) : QUONIAM RES FACTI INFIRMARI JURE CIVILI NON POTEST. »
Le droit civil ne reconnaît donc pas cette possession.

L. 1, §§ 9, 10, *de vi.*

« *Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter sive naturaliter pos-*
« *sideat : nam et naturalis possessio ad hoc interdictum* (*de vi*)
« *pertinet.* DENIQUE (1) ET SI MARITUS UXORI DONAVIT, EAQUE DEJECTA
« SIT, POTERIT INTERDICTO UTI : NON TAMEN SI COLONUS (2). »
Ainsi, dans ces trois passages on dénie à l'épouse donataire la

on l'a fait, que la femme ne possède pas. » PAUL n'aurait donc pas partagé cette opinion. Cette interprétation forcée découle de deux prémisses fausses qui consistent à dire que *jure civili non possidere* signifie nécessairement l'absence de toute possession quelconque, et que les jurisconsultes romains auraient été en désaccord sur les effets des donations entre époux. Il déduit cela des expressions *Julianus putat* et *plerique putant*, termes employés cependant si souvent dans les cas où il ne saurait être question de controverse. De même le motif indiqué dans la L. 1, § 4, *de poss.*, ne nous oblige nullement à supposer une opinion contraire contre laquelle il serait dirigé. — Comp. THON, p. 124 et suiv., et THIBAUT, *Archiv* XVIII, 349 et suiv. (Note de la 6e éd.)

(1) La liaison entre les deux parties de la loi, et jusqu'au terme employé, sont ici les mêmes qu'à la L. 3, § 15, *ad exhibendum;* les deux passages s'expliquent l'un l'autre, et nous pouvons nous en référer purement et simplement à l'interprétation de ce dernier passage, telle que nous l'avons donnée plus haut.

(2) THIBAUT (*Abhandl.*, p. 339) donne une nouvelle interprétation de ce passage, qui reviendrait à dire : « Lorsque le mari a donné un bien-fonds à sa femme et que celle-ci en est expulsée, *le mari* pourra user de l'interdit. » Mais il est bien plus simple et plus naturel de rapporter *poterit*

civilis possessio : quel est donc le sens juridique qu'on attache à ce terme? Il est certain qu'une possession juridique résulte de ces donations : c'est ce que le second texte dit expressément, et deux autres textes le confirment (1). Le troisième texte cite même

à *eaque*, le sujet le plus rapproché, et non pas à *maritus*, le sujet le plus éloigné. THIBAUT remplace donc une construction naturelle par une construction forcée, et le résultat en quelque sorte inévitable de ce procédé est de sacrifier l'interprétation simple et facile que nous supposons, à une interprétation difficile et compliquée. D'après moi, la fin de ce passage se complétera de la manière bien naturelle que voici : *Non tamen si colonus dejectus erit, poterit* (*colonus*) *interdicto uti;* en d'autres termes, le jurisconsulte veut faire remarquer la différence qu'il y a entre les droits de l'épouse donataire et ceux du fermier sous le rapport de la possession. En dernier lieu, THIBAUT a encore interprété (*Archiv* XVIII, p. 355 et suiv.) ce texte de la manière suivante : La femme a, il est vrai, la possession de la chose; cependant, le mari pourra aussi invoquer l'interdit, car il ressent toutes les offenses faites à sa femme ; il ne le peut toutefois que lorsque c'est elle-même qui a été expulsée et non pas son fermier; car, dit THIBAUT, « lorsque la servante de l'épouse reçoit un soufflet, il ne convient pas que le mari s'intéresse à cette servante comme à sa *carissima.* » On ne sait trop par où commencer pour réfuter une telle explication dans laquelle il n'y a pas un seul élément de saine raison. Pourquoi, entre autres, ULPIEN aurait-il eu la singulière idée d'établir précisément ce principe à propos d'un fonds *donné* à la femme, puisqu'il serait tout aussi vrai pour tout autre immeuble qui lui appartiendrait? L'hypothèse d'un fonds donné serait même non-seulement inutile, mais contraire au but de l'auteur, car le lecteur peut être par là induit à penser qu'ici le mari a l'interdit uniquement parce que, à raison de la nullité de la donation, il est resté propriétaire du fonds. Comp. THON, 118. (Note de la 6e éd.) Voyez Appendice, n° 21.)

(1) L. 1, § 2, *pro donato :* « POSSIDERE *autem uxorem rem a viro donatam, Julianus putat.* » — L. 16, *de poss.* « *Quod uxor viro, aut vir uxori donavit, pro possessore* POSSIDETUR. » Quelque claire que soit cette proposition, on l'a pourtant souvent niée, afin de justifier une notion préconçue que l'on s'était faite de la *civilis possessio.* CUPERUS (*de nat. poss.*, P. 2, c. 11, p. 84) croit que PAUL se contredit dans les L. 1, § 4, *de poss.*, et L. 26, pr. *de don. int. vir. et uxor.* FLECK (*de poss.*, p. 45, 118) va plus loin et soutient que ces textes nient toute espèce de possession dans le chef de l'époux donataire. Le seul passage que l'on

un des effets de cette possession, un interdit ; mais elle ne saurait conduire à l'usucapion :

« *Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio* (1). »

Dès lors ici encore cette *civilis possessio* que l'on dénie au donataire ne peut être autre chose que la possession propre à produire l'usucapion.

c. La règle : *nemo sibi causam possessionis mutare potest* est valable, non-seulement pour la *possessio civilis*, mais aussi pour la *possessio naturalis* (2).

pourrait invoquer contre nous sans présupposer une notion arbitraire de la *civilis possessio*, c'est la L. 46, *de don. int. vir. et ux.* : « *Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est.* » Mais il est clair que c'est la donation et non la possession que ce texte nie ; il veut seulement dire que la femme ne possède pas *pro donato*, et c'est ce que dit aussi la L. 16, *de poss.* déjà citée : « *quod uxor viro, aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur*, » texte pris dans le même ouvrage d'ULPIEN que la L. 46 citée. (Voyez Appendice, n° 22.) Cette proposition ne peut donc se rapporter à l'existence de la possession, parce qu'elle ne concerne que la transmission juridique qui s'opère par la donation, et que l'existence de la possession est indépendante de toute transmission (voy. § 5). — Cette explication dans ses points essentiels n'est pas nouvelle (DUARENUS *in* L. 1, § 4, *de poss.*, p. 829 ; VALENTIA, *tract. ill.* L. 1. t. 2, ch. 7, p. 52). CUPERUS lui-même l'a encore rendue beaucoup plus certaine : nous ne pourrons cependant nous en occuper que dans notre quatrième section, lorsqu'il sera question de l'*interdictum utrubi* (§ 30). — Si la suscription même du passage en question ne confirmait pas si bien notre explication (voyez, plus loin, au § 39) l'objection pourrait aussi s'écarter d'une autre manière presque plus simple encore. En effet, la *possessio* qui, d'après notre texte, aurait été inutilement donnée, pourrait être un fonds provincial, sens dans lequel plusieurs autres textes relatifs à la même matière emploient ces mots *possessionis donatio*. L. 13, 15, C. *de don. int. vir. et ux.* Alors le sens du passage serait celui-ci : Ce n'est pas seulement le *dominium*, mais même la propriété naturelle sur un fonds provincial, qu'une telle donation ne peut transmettre. (Voyez Appendice, n° 23.)

(1) L. 1, § 2, *pro donato*.

(2) Tout ce qui suit a été complétement remanié pour la sixième

C'est seulement depuis que nous connaissons Gaius que cette règle nous est devenue intelligible (1), et cependant, même après la découverte de ses commentaires, de graves erreurs se sont encore produites. On pourrait d'abord vouloir interpréter cette règle dans ce sens qu'il est impossible, même avec le concours d'une autre personne, de changer soi-même la cause de sa possession. Mais tel n'en est certes pas le sens, car lorsque celui qui possède de mauvaise foi une chose l'achète du propriétaire, ou de celui qu'il croit en être propriétaire, il y a là une *causæ mutatio* parfaitement valable et efficace (2). D'autre part, si le locataire d'un immeuble repousse le bailleur, il a effectivement transformé sa *conductionis causa* en une *dejectionis causa*, et acquis par là une véritable *possessio* (3). Cette transformation n'est donc pas non plus empêchée par la règle indiquée : et il eût été d'ailleurs assez inutile d'intervenir ici, le bailleur étant suffisamment protégé par l'interdit *de vi*, et l'expulsion violente ne pouvant jamais servir de point de départ à l'usucapion. Cette règle ne pourra donc s'appliquer qu'au petit nombre de cas dans lesquels, seul et de sa propre autorité, on pourrait sans doute transformer sa *causa possessionis* insuffisante en une *causa* valable et efficace, mais où cette règle vient enlever à la possession ainsi transformée l'aptitude à produire l'usucapion.

Tels sont les cas suivants : tant qu'un héritier n'a pas pris possession d'un objet faisant partie de la succession, toute personne

édition du présent ouvrage. – Voy., sur la règle que nous citons : MERENDA, XII, 28. UNTERHOLZNER, *Verjæhrungslehre*, p. 100. THON, p 99-114. — THIBAUT, p. 333 et suiv., semble ne pas en avoir eu une idée claire. (Voyez Appendice, n° 24.)

(1) GAIUS, lib. 2, §§ 52-61.

(2) L. 33, § 1, *de usurp.*

(3) L. 12, L. 18, pr. *de vi.*

peut s'en emparer, le posséder *pro herede*, et en devenir propriétaire par usucapion. Il ne fallait, en pareil cas, ni bonne foi ni juste titre, et cette usucapion avait encore cela de particulier que même les biens-fonds s'acquéraient ainsi déjà au bout d'une année. C'était bien là une *causa* comme celles dont nous venons de parler, puisqu'elle se basait sur un acte arbitraire et même injuste dans son principe; néanmoins elle formait une *justa usucapionis causa*, essentiellement différente en cela de l'expulsion violente du bailleur.

Gaius nous donne pour motif de ce qu'il appelle *tam improba possessio et usucapio* le désir que l'on avait d'obliger l'héritier à accepter plus promptement l'hérédité, afin que les *sacra* ne restassent pas en souffrance et que l'intérêt des créanciers fût aussi sauvegardé. Il ajoute qu'Adrien a modifié ces principes et permis à l'héritier d'attaquer en nullité cette usucapion, même après son accomplissement, à l'exception toutefois du *necessarius heres*, contre lequel elle conservait sa validité. Or, c'est cette étrange usucapion que concernait la règle qui nous occupe, et cela de la manière suivante : celui qui possédait *pro emtore*, ou qui, en qualité de dépositaire, n'avait que la possession naturelle de la chose, pouvait, en cas de mort du propriétaire, tirer un grand avatage de cette *usucapio pro herede*. L'acheteur d'un immeuble n'avait plus besoin que d'une année, au lieu de deux, pour devenir propriétaire, et le dépositaire, pour lequel l'usucapion n'existait pas jusque-là, pouvait l'invoquer dès lors, et devenir ainsi propriétaire. C'est ce résultat que la règle en question avait pour but d'empêcher. Ceux qui avaient commencé à posséder d'une certaine manière, et qui savaient ne pas avoir de titre à la propriété, ne devaient pas pouvoir arbitrairement transformer cette possession en une *possessio pro herede*. Que tel est le véri-

table sens de la règle en question, c'est ce qui résulte des expressions identiques que nous trouvons chez Gaius lorsqu'il parle de l'*usucapio pro herede,* et chez d'autres jurisconsultes anciens qui traitent de cette matière. Ainsi, Gaius dit à ce sujet : *hæc autem species possessionis et usucapionis etiam* LUCRATIVA *vocatur, nam sciens quisque rem alienam* LUCRIFACIT. Quant à notre règle, voici les deux passages les plus précis qui en parlent; ils sont tous les deux de Julien, et par conséquent plus anciens peut-être que la modification introduite par Adrien (1) :

L. 33, § 1, *de usurp.*

« *Quod vulgo respondetur, ipsum sibi causam possessionis* « *mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis* SCIRET SE « BONA FIDE NON POSSIDERE, *et* LUCRIFACIENDI *causa inciperet* « *possidere.* » (Voyez Appendice, n° 25.)

L. 2, § 1, *pro herede.*

« *Quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi* « *mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum* « *civilis sed etiam naturalis intelligatur* (2). *Et propterea res-* « *ponsum est, neque colonum, neque eum apud quem res deposita,* « *aut cui commodata est,* LUCRIFACIENDI CAUSA PRO HEREDE USU- « CAPERE POSSE. » (Voyez Appendice, n° 27.)

(1) A ces deux passages peuvent se joindre encore d'autres textes moins précis : L. 3, §§ 19-20. — L. 19, § 1, *de poss.* — L. 2, § 21, *pro empt.* — L. 1, § 2, *pro don.* — L. 6, § 3, *de precario.* (Voyez Appendice, n° 26.)

(2) (Add. de la 7e éd.) On pourrait se demander pourquoi le jurisconsulte ne cite comme exemples de la *naturalis possessio* que des cas où il n'y a pas même de *possessio ad interdicta;* pourquoi ne pas nommer aussi le voleur, le brigand ? Ce n'est pas qu'il ait voulu les exclure, mais parce qu'à leur égard la question se présentait certes bien plus rarement qu'à l'égard du locataire, etc. Voilà pourquoi il existe des *responsa* pour ces derniers cas (*et propterea responsum est*), et non pas pour les premiers.

Dès lors il me paraît aussi très-facile de saisir le sens dans lequel Julien se sert ici des mots *civilis* et *naturalis possessio*. Selon lui, cette règle de droit n'a pas seulement pour effet d'empêcher celui qui était en voie de devenir propriétaire par usucapion (*possessio civilis*), de transformer son usucapion en *usucapio pro herede*, dont les conditions sont plus avantageuses ; mais elle empêche aussi le possesseur qui ne pouvait pas invoquer l'usucapion (*possessio naturalis*), de transformer sa possession en une *possessio ad usucapionem* (1). Expliqué ainsi, ce passage adopte donc tout à fait notre terminologie. Il est vrai que la règle en question a perdu en grande partie sa signification depuis Adrien, et complétement depuis Justinien ; aussi le Digeste ne nous en parle-t-il ordinairement que dans les cas où il la déclare inapplicable.— En second lieu, l'*usureceptio* pouvait aussi donner lieu à l'application de la règle qui nous occupe. Elle aussi repose uniquement sur la volonté arbitraire de celui qui veut acquérir, et exclut par conséquent l'idée d'un titre acquisitif, quoiqu'elle ne doive pas toujours être considérée comme déloyale. Toutefois dans des cas où la déloyauté était par trop évidente, par exemple lorsque le débiteur fiduciaire avait pris à bail du créancier la

(1) Le jurisconsulte suppose donc évidemment que l'application de la règle fera peu de difficulté en matière de *possessio civilis*, mais qu'elle pourrait sembler douteuse lorsqu'il s'agit de *possessio naturalis*. THIBAUT (p. 335, considère cela comme inconciliable avec ma manière de comprendre la *civilis possessio*. Cependant, il était assez naturel de ne comprendre par la *causa possessionis*, dont parle la règle, que la *justa causa* en matière d'usucapion. Or, c'est contre cette erreur que le jurisconsulte nous prémunit, en nous disant que la règle s'applique non-seulement à l'*emtionis* ou à la *donationis causa*, mais aussi à la *conductionis* ou à la *depositi causa*, c'est-à-dire à des *causæ* qui, au point de vue de l'usucapion, ne sont pas du tout considérées comme telles.

chose qu'il lui avait remise en gage (1), notre règle avait pour but d'empêcher l'usucapion.

d. Deux passages disent, en parlant des esclaves : *civiliter non possident.*

L. 24, *de poss.*

« ... *peculium, quod servus civiliter quidem possidere non* « *posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere.* »

L. 38, § 7, 8, *de verb. oblig.*

« *Hæc quoque stipulatio :* POSSIDERE MIHI LICERE SPONDES? « *utilis est : quam stipulationem servus an possit utiliter in* « *suam personam concipere, videamus. Sed quamvis civili jure* « *servus non possidet, tamen ad possessionem naturalem hoc* « *referendum est : et ideo dubitari non oportet, quin et servus* « *recte ita stipuletur. Plane si :* TENERE SIBI LICERE *stipulatus sit* « *servus, utilem esse stipulationem convenit : licet enim possidere* « *civiliter non possint, tenere tamen eos nemo dubitat.* »

Dans ces passages, les mots *civiliter non possidet* ont pour but de refuser aux esclaves toute possession quelconque, mais cela à raison d'une règle du droit civil ; ces passages n'ont donc pas trait à la *civilis possessio*. D'une part, il est en effet certain que l'esclave ne pouvait avoir de possession quelconque ; on ne concevrait donc pas pourquoi on ne lui dénierait ici que la *civilis possessio*. D'autre part, les mots *civiliter quidem possidere non potest* sont ici mis en rapport avec des expressions qui, comme nous le verrons plus loin, équivalent toujours à la négation de toute possession juridique quelconque (*tenere, naturaliter tenere*). Voici du reste la portée de ce passage. L'esclavage était, aux

(1) Cette observation, très-juste, se trouve d'abord dans THON, p. 109.

yeux des Romains, une institution du droit des gens : au contraire, la faculté qu'avait l'esclave d'acquérir pour son maître, et son incapacité de posséder en propre quoi que ce soit, étaient du domaine du *jus civile*, puisque les Romains eux-mêmes connaissaient des peuples chez lesquels les esclaves pouvaient être propriétaires (1). On pouvait donc dire, avec beaucoup de raison : *Servus civiliter non possidet*, c'est à-dire : L'esclave ne saurait posséder dans le sens juridique du mot, et le motif de cette incapacité se trouve dans les principes du *jus civile*.

(1) Par exemple, les Allemands : TACITE, *Germ.*, c. 25. Divers textes sont plutôt favorables que contraires à cette explication : 1° L. 1, § 1, D.; § 1, I. *de his qui sui* : « *Igitur in potestate sunt servi dominorum (quæ quidem potestas juris gentium est, nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ necisque potestatem fuisse), et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur.* » Si l'on met dans ce dernier passage *adquiri* au lieu de *adquiritur*, l'opinion que nous énonçons plus haut est erronée. En lisant *adquiritur*, l'ensemble de la phrase rend mon opinion plus plausible que l'opinion contraire. Or le mot *adquiri* est adopté pour la première fois dans les Pandectes par HALOANDER, et dans les Institutes par une édition in-12 de Chevallon (Paris, 1527, *mense sept.*), ensuite par l'édition de R. Étienne (Paris, 1528, in-8°) et de J. Schœffer (Mog. 1529, in-12), et enfin par Haloander, ce qui n'est pas indiqué dans l'édition de Gebauer. — *Adquiritur*, au contraire, se trouve d'abord dans le vrai Gaius (I, § 52), ensuite dans tous les manuscrits connus et dans les éditions les plus anciennes de la législation de Justinien. Ainsi pour les Institutes, ce mot se trouve dans les trois manuscrits les plus anciens de Bamberg (Roszhirt, *Beytræge*, I, Heidelberg, 1820, p. 71) et dans tous les manuscrits de Paris, au nombre de vingt-trois. Dans le *Dig. vetus*, sur treize manuscrits de Paris, douze portent *adquiritur*, et le treizième, de date très-récente, n'a évidemment *adquiri* que par suite d'une erreur de copiste, puisque la glose de ce même manuscrit dit *adquiritur*. 2° La L. 10, § 1, *de adq. rer. dom.*, ne nous est au moins pas contraire, puisque les mots : « *ipse enim, qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest,* » peuvent tout aussi bien exprimer une règle du droit civil romain qu'un principe du *jus gentium*. Le critique de l'édition de Cuperus, publiée par Thibaut

e. De même lorsqu'il est question du possesseur d'une chose composée, et qu'on a en vue la possession des diverses parties prises isolément, par exemple des roues d'une voiture, on dit : *Civiliter non possidet* (1). Il est impossible de dire avec certitude dans laquelle de leurs deux acceptions possibles ces mots sont ici employés. Il se peut qu'on ait voulu nier l'existence de la *civilis possessio* (2); il se peut aussi qu'on ait voulu étendre la négation à toute possession quelconque, à raison des principes du *jus civile* (3).

Voilà ce que nous avions à dire sur la *civilis possessio;* il est à peine nécessaire de faire remarquer que dans tous ces passages les mots *naturalis possessio* impliquent la négation d'une *civilis possessio;* c'est une *possessio quæ non est civilis.* Nous reviendrons encore plus bas sur ce point.

2. La *possessio,* en tant qu'elle donne lieu aux interdits, et, par opposition à celle-ci, la *naturalis possessio.* Ici, nous avons

(*Gœtt. Anz.,* 1804, p. 1432) considère l'incapacité de l'esclave d'être propriétaire comme appartenant au *jus gentium,* mais l'extension de cette incapacité à la possession, qui en principe n'est qu'un fait, et qui a seulement reçu du droit civil romain certains éléments juridiques, serait du domaine de ce dernier. Dès que l'on admet que l'incapacité de l'esclave puise son origine dans le *jus gentium,* ce que je nie, cette combinaison est sans doute très-ingénieuse et satisfaisante.

(1) L. 7, § 1, 2, *ad exhibendum* : « ... *sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum. Et ita Pomponius scribit :* QUAMVIS TUNC CIVILITER NON POSSIDEAS. *Idem et si armario vel navi tabulam meam, vel ansam scypho junxeris,* etc. »

(2) THIBAUT (appendice à Cuperus, p. 162) n'est pas de cet avis. Il trouve qu'il serait absurde de faire observer, en parlant d'*actio ad exhibendum,* que le défendeur n'a pas précisément besoin de posséder *ad usucapionem.* Mais il est facile de répondre à cette objection, puisque ailleurs (L. 3, § 15, *ad exhib.*) le même Ulpien fait précisément cette même remarque que Thibaut trouve impossible. (Voyez Appendice, n° 28.)

(3) Voy., plus loin, § 22.

deux points à établir : d'abord, que le terme *possessio*, employé seul, désigne un rapport juridique distinct de la *naturalis possessio*; en second lieu, que cette distinction n'a d'autre but que d'exprimer si les interdits peuvent ou ne peuvent pas être invoqués.

a. — Le terme *possessio*, pris isolément et dans un sens juridique, est employé par opposition à un état de fait qui n'a rien de juridique et que l'on désigne par les mots : *esse in possessione*, *tenere*, *naturaliter possidere*, *corporaliter possidere* (1).

« *Idem Pomponius bellissime tentat dicere, numquid qui* « *conduxerit quidem prædium, precario autem rogavit, non ut* « POSSIDERET, *sed ut* IN POSSESSIONE ESSET? *Est autem longe di-* « *versum :* ALIUD EST ENIM POSSIDERE, LONGE ALIUD IN POSSESSIONE « ESSE... (2). »

« *Eum cui ita non cavebitur,* IN POSSESSIONEM EJUS REI... « IRE, *et, cum justa causa esse videbitur,* ETIAM POSSIDERE *ju-* « *bebo* (3). »

« *Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem* TENERE POSSUNT,

(1) La glose se sert du terme *detentio asinina* (*Gl. in* L. 29, *de poss.*). Ailleurs (*in* L. 24, *de poss.*) la glose explique cette expression de la manière suivante : « ... *tenere potest ut asinus sellam.* » On sait qu'ACCURSE se sert souvent de l'âne dans ses exemples. — Les jurisconsultes italiens plus récents désignent ce genre de possession par le mot italien *tenuta*, expression qui se trouve déjà dans un document de 1252, rapporté par SARTI (*De claris Archygymn. Bonon. prof.* T. 1, § 2, p. 78 : « *Corporalem possessionem et tenutam tradidisse* »). — L'expression *esse in possessione* a de l'analogie avec cette autre : *esse in libertate ;* la première se prend par opposition à la *possessio*, et la seconde par opposition à la *libertas*, seulement l'état de fait qu'expriment les mots *esse in libertate* a été spécialement protégé et garanti.

(2) L. 10, § 1, *de poss.*

(3) L. 7, pr. *de damno infecto.*

« *habere*, POSSIDERE NON POSSUNT, *quia possessio non tantum cor-*
« *poris, sed et juris est* (1). »

« *Neratius et Proculus et solo animo non posse nos* ADQUIRERE
« POSSESSIONEM, *si non* ANTECEDAT NATURALIS POSSESSIO (2). »

« ... *Quod ex justa causa* CORPORALITER *a servo tenetur...*
« *dominus creditur* POSSIDERE (3). »

La même distinction se retrouve aussi dans les termes dont se sert la stipulation Aquilienne : *quodve tu meum habes*, TENES, POSSIDES (4).

Cette opposition ne veut cependant pas dire que la possession juridique ne puisse pas comprendre aussi ce rapport purement physique que l'on appelle *détention;* au contraire, quoiqu'il faille quelquefois admettre une possession juridique même là où la détention physique fait défaut, elle en est cependant ordinairement accompagnée (5). Dès lors, les mots *possession naturelle*, mis en opposition avec la possession juridique, ne signifient pas autre chose que possession *simplement naturelle*, et cette possession peut fort bien, malgré l'opposition que nous signalons, se trouver comprise dans la possession juridique. Aussi les termes qui, en général, désignent cette possession simplement naturelle, se retrouvent-ils dans un grand nombre de textes traitant de la possession juridique, pour y désigner la détention matérielle que cette possession implique (6).

(1) L. 49, § 1, *de poss.* Les mots qui terminent ce passage ont déjà été expliqués plus haut (§ 5) et disent expressément que l'on y distingue un fait juridique d'un fait non juridique.
(2) L. 3, § 3, *de poss.*
(3) L. 24, *de poss.*
(4) L. 18, § 1. *de acceptil.* — § 2, I. *quibus modis toll. obl.*
(5) Voyez notre § 5.
(6) Par exemple, *corporalis possessio* dans la L. 40, § 2, *de pign. act.;*

b. — Toute cette distinction n'a d'autre but que de faire connaître si les interdits peuvent ou ne peuvent pas être invoqués : c'est ce qu'il nous sera tout aussi facile de prouver qu'il nous a été facile de constater l'existence même de cette distinction.

Le nom des interdits possessoires prouve à lui seul que la possession, dans son sens juridique, en est la condition déterminante ; un grand nombre de textes le disent du reste expressément (1). De plus, l'existence de la possession suffit par elle seule, et sans aucune autre qualification juridique, pour donner lieu aux interdits, même si elle avait commencé d'une manière illégitime (2). La possession est donc à elle seule, et sans qu'il faille ajouter à ce mot une désignation plus spéciale, la base des interdits.

naturalis possessio dans la L. 38, § 10, *de usuris*, et dans la L. 3, § 13, *de poss.*; enfin, *in possessione esse* dans le § 5, I. *de interdictis*, la L. 11, § 13, *quod vi*, et la L. 2. C. *de poss.* — CUPERUS (*de nat. poss.*, p. 1. ch. 3) admet trois significations différentes des mots *naturalis possessio* : 1° la simple détention ; 2° la détention comme partie intégrante de la possession juridique ; 3° la possession qu'une fiction juridique assimile à la simple détention. (Voy., plus haut, § 5.) Mais il n'y a au fond de tout cela qu'une seule et même signification, dans ce sens que ces trois acceptions du même mot n'ont pas besoin de nous être révélées et enseignées par les passages où elles se trouvent : nous pourrions avec pleine certitude les déduire l'une de l'autre, même si nous ne les trouvions pas formellement exprimées dans les textes. La remarque de Cuperus avait du reste été faite déjà par Doneau : *Comm.*, V, 7.

(1) « *Interdictum autem hoc* (*de vi*) *nulli competit, nisi ei, qui tunc, cum deficeretur,* POSSIDEBAT. » L. 1, § 23, *de vi.*

« *Creditores missos in possessionem rei servandæ causa, interdicto uti non posse : et merito :* QUIA NON POSSIDENT. » L. 3, § 8, *uti possid.*

« *Si eam rem* CUJUS POSSESSIONEM PER INTERDICTUM UTI POSSIDETIS RETINERE POSSIM... *precario tibi concesserim : teneberis hoc interdicto.* » L. 7, *de precario*, cf. §§ 4, 5, 6, I. *de interd.*

(2) § 6, I. *de interd.* — L. 1, § 9 ; L. 2, *uti possid.*

D'un autre côté, il est à l'abri de toute discussion que le droit aux interdits possessoires n'appartient pas au locataire, au commodataire, à l'envoyé en possession, et à d'autres encore, dont on dit : *Sunt in possessione, tenent, sed non possident* (1).

On peut donc dire, en général, que celui qui a la *possessio* a aussi les interdits, et que celui qui est seulement *in possessione* ne peut les invoquer. Ces deux oppositions se correspondent parfaitement.

J'ai prouvé l'une après l'autre les diverses parties de cette proposition, afin de faire mieux embrasser l'ensemble de mon argumentation. Il nous sera facile maintenant d'interpréter un passage qui renferme tout ce que nous avons établi déjà par la combinaison de plusieurs textes. Ce passage parle de la revendication. Celle-ci ne peut évidemment être dirigée que contre le possesseur de la chose; le juge doit donc se demander si le défendeur est bien possesseur de l'objet revendiqué, et dès lors il s'agit, avant tout, de savoir qui doit être considéré comme possesseur. C'est ce que le passage en question a en vue d'établir (2).

« *Officium autem judicis in hac actione in hoc erit, ut judex* « *inspiciat, an reus possideat... Quidam tamen, ut Pegasus,* « EAM SOLAM POSSESSIONEM *putaverunt hanc actionem complecti,* « *quæ locum habet in interdicto uti possidetis, vel utrubi.* « *Denique* (3), *ait, ab eo, apud quem deposita est vel commodata,* « *vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa, vel*

(1) L. 1, § 10, *de vi ;* L. 3, § 8, *uti possidetis*, etc.

(2) L. 9, *de rei vindic.*

(3) Dans ce passage, comme dans la L. 3, § 15, *ad exhibendum*, et dans la L. 1, §§ 9, 10, *de vi*, le mot *denique* désigne la transition de la règle à son application.

« *dotis, ventrisve nomine* IN POSSESSIONE ESSET, *vel cui damni* « *infecti non cavebatur, quia hi omnes* NON POSSIDENT, *vindicari* « *non posse. Puto autem, ab omnibus,* QUI TENENT, *et habent* « *restituendi facultatem, peti posse.* »

Le but de ce passage est de préciser la portée du mot *possessio;* il commence donc par le prendre dans le sens le plus large et le plus vague possible. Pegasus croit que la règle ne pourra s'appliquer qu'au genre de possession qui donne droit aux interdits, et non pas aux différents cas où, à la rigueur, il n'y a pas de possession du tout; mais Ulpien décide autrement. Les deux jurisconsultes diffèrent donc essentiellement quant au fond; cependant ils prennent l'un et l'autre les mots dans le même sens, et c'est là ce qui doit uniquement nous occuper. Tous deux adoptent pour point de départ une notion tout à fait générale, et naturelle en quelque sorte, de la possession. Or il y a deux espèces de possession : l'une sert de fondement aux interdits possessoires (1), l'autre est donc celle qui ne leur sert pas de fondement. C'est du possesseur de cette seconde espèce qu'il est dit aussitôt après : « *Est in possessione, tenet, non possidet;* » dès lors c'est *possessio* purement et simplement qu'il faudra appeler la première espèce de possession. Tout ce que nous avions à prouver relativement à la *possessio*, en tant qu'elle sert

(1) Je dis : interdits possessoires, en général, quoique ULPIEN ne nomme que les interdits *uti possidetis* et *utrubi*, car d'autres textes prouvent que les autres interdits découlent du même genre de possession (L. 1, § 10, *de vi*), et si Ulpien n'en nomme que deux, cela vient de ce que ces deux interdits seuls pouvaient se présenter dans l'espèce. En effet, si le défendeur actuel avait employé ces interdits avant la revendication, il y aurait eu à examiner et à apprécier sa possession au point de vue juridique. Or, se demande Ulpien, est-ce encore là ce qu'il faudra faire, quoiqu'il n'ait pas employé l'interdit avant le procès en revendication?

de base aux interdits, se retrouve donc encore une fois en entier dans ce passage.

3. Jusqu'ici il a été démontré qu'il y a deux espèces de possession juridique : la *civilis possessio* et la *possessio*. Voyons maintenant dans quel rapport elles sont l'une à l'égard de l'autre?

Le droit d'invoquer les interdits présuppose l'existence de la *possessio*, rien de plus ; celui-là même qui se serait mis violemment en possession peut se servir des interdits (1), et aucune autre condition que l'existence même de la *possessio* n'est requise pour l'exercice de ce droit.

L'usucapion, par contre, suppose aussi, il est vrai, l'existence de la *possessio* (2), mais celle-ci seule ne suffit pas : il faut encore qu'elle ait commencé avec *bona fides* et *justa causa*, et, de plus, la chose possédée ne doit pas spécialement se trouver exclue de l'usucapion (*res furtiva, vi possessa*, etc.).

Dès lors le rapport entre ces deux genres de possession se réduit à ceci : la possession qui mène à l'usucapion exige quelques conditions de plus que celle qui donne droit aux interdits; celle-ci est toujours comprise dans la première.

La seule manière d'exprimer convenablement cette relation était d'appeler *possessio* purement et simplement la possession qui donne droit aux interdits, et d'y ajouter une épithète (*civilis*) pour désigner la possession qui mène à l'usucapion. Les termes consacrés confirment donc aussi ce que l'étude de la nature juridique de ces deux genres de possession nous avait déjà révélé.

De tout ceci il résulte que ces deux effets que le droit romain

(1) § 6, I. *de interdictis*. — L. 1, § 9; L. 2, *uti possidetis*.

(2) « *Sine possessione usucapio contingere non potest.* » L. 25. *de usurp. et usuc.* Ainsi, par exemple, l'usucapion cesse de se produire dès que la possession est perdue. L. 5, *eod.*

attache à la possession ne se basent nullement sur une distinction à établir entre différentes espèces de possession juridique ; il n'y a réellement qu'une *possessio* dans le sens juridique du mot. Par elle seule, elle ne donne droit qu'aux interdits ; mais quand d'autres éléments viennent s'y joindre, elle a aussi pour effet de produire l'usucapion (1). De cette manière le passage suivant, qui a paru banal à quelques interprètes, renferme au contraire un sens profond, et ne contrarie nullement la double nature juridique que nous avons reconnue à la possession et qui sert de base à toute notre démonstration : « *Et in summa magis* UNUM GENUS « EST POSSIDENDI, *species infinitæ* (2). » Les mots SPECIES INFINITÆ désignent les nombreuses *causæ possidendi* dont il a été question précédemment, et c'est par opposition à celles-ci que le jurisconsulte dit *unum genus* : toutefois il le dit d'une manière tout à fait générale, et c'est ce qu'il ne pourrait pas si, sous un rapport quelconque, il existait plusieurs espèces de possession juridique différentes en principe et opposées entre elles.

Nous avons trouvé ainsi le point de vue général d'où il faut considérer tout ce que le droit romain établit en matière de possession. Tout se rapporte à la fois à l'usucapion et aux interdits, mais d'une manière un peu différente : en effet, le rapport avec les interdits est direct et immédiat, puisque ceux-ci n'exigent pas d'autre condition que la simple *possessio;* au contraire, le rapport avec l'usucapion est indirect, puisque d'autres éléments

(1) Le droit ancien nous offre un rapport tout à fait analogue dans un autre ordre d'idées : le *justum matrimonium* et le *matrimonium cum conventione in manum*. Le second présuppose toujours le premier ; il n'y a pas là non plus de subdivision de la notion du mariage, quoique ce soient deux espèces différentes de mariage juridique.

(2) L. 3, § 21, *de poss.*

doivent encore se joindre à la possession pour qu'elle devienne *civilis*.

Cette manière d'envisager la possession en elle-même, et de rapporter toujours à une même idée fondamentale les diverses modalités sous lesquelles elle se présente en droit, est d'une importance majeure pour l'étude de cette matière. Elle seule nous donne le moyen d'apprécier d'une manière générale et certaine la valeur des écrits qui en traitent ; car la notion que l'on se fera de la possession en droit romain ne sera exacte qu'autant que cette idée générale de la possession juridique aura servi de base à tout le travail (1).

4. Les mots *naturalis possessio* ont, comme nous l'avons déjà vu (2), une double signification. En principe, toute possession constitue, en effet, un fait purement naturel, et il n'est pas besoin d'une épithète spéciale pour le dire. Mais dès que certaines conditions viennent lui donner les effets d'un droit, on oppose à cette possession juridique la possession non juridique qui, elle, ne réunit pas ces conditions. Or, nous avons vu qu'il y a deux espèces de possession juridique, et par conséquent aussi deux espèces de possession naturelle. Ce sont ces deux significations de la *naturalis possessio* que nous devons encore faire ressortir davantage.

Toutes deux ont cela de commun que ce ne sont que des négations : c'est-à-dire qu'elles n'affirment pas de qualités juridiques,

(1) Voilà pourquoi l'explication que donne CUPERUS (et aujourd'hui aussi THIBAUT) de la *civilis possessio* exerce une influence si funeste sur toute la théorie de la possession. (Voy. notre addition au § 10.) Ils introduisent l'incertitude dans tout ce que les jurisconsultes romains ont enseigné avec une logique si constante et si admirable sur l'existence ou la non-existence de la possession. (Note de la 6e éd.)

(2) Nos 1 et 2 de ce paragraphe.

qu'elles se bornent seulement à en nier : elles ne diffèrent entre elles que par l'étendue de cette négation.

Naturalis possessio désigne donc d'abord, lorsqu'on l'oppose à la *civilis possessio* (n° 1), toute détention qui ne réunit pas les qualités voulues pour produire l'usucapion ; en dehors de cette négation, on n'affirme ici aucune qualité juridique particulière : aussi cette possession naturelle désigne-t-elle également et la simple détention, qui n'a rien de juridique, et la possession juridique alors qu'elle n'est pas apte à produire l'usucapion. C'est dans ce sens que le créancier gagiste a la possession naturelle de son gage (1) ; c'est ainsi encore que la donation entre époux ne peut conférer qu'une possession naturelle. Le texte relatif à ce dernier point nous a servi pour établir la notion de la *civilis possessio;* son importance, au point de vue de la *naturalis possessio,* est la même (2).

« *Dejicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possi-*
« *deat : nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.*
« *Denique et si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit : poterit*
« *interdicto uti; non tamen, si colonus.* »

Le sens de ce passage est le suivant : l'interdit s'attache à toute possession juridique, par conséquent non-seulement à la *civilis possessio,* mais aussi à la *naturalis possessio,* pourvu toutefois que celle-ci soit une véritable *possessio* dans le sens juridique du mot (3). Ainsi la possession de la femme donataire et celle du

(1) L. 3, § 15, *ad exhibendum* (voy., plus haut, n° 1).

(2) L. 1, §§ 9, 10, *de vi.*

(3) Il est essentiel de remarquer que les premières expressions : *is qui possidet* servent à limiter la portée des mots suivants : *et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet,* dont, sans cela, le sens serait bien trop général : il est, en effet, un grand nombre de cas où la possession naturelle ne donne pas droit aux interdits; par exemple, celle qui revient

locataire sont toutes deux des possessions naturelles, car aucune des deux ne conduit à l'usucapion ; mais la femme seule a l'interdit, parce que sa *naturalis possessio* peut seule être considérée comme une véritable *possessio*.

La seconde espèce de *naturalis possessio*, dont nous avons parlé au n° 2, et que l'on oppose à la *possessio*, désigne cette détention qui ne donne pas même droit aux interdits, et, par conséquent, bien moins encore à l'usucapion (1). La différence entre cette possession naturelle et la première consiste donc en ce qu'ici la négation est plus large, plus étendue : celui donc qui possède *naturaliter*, dans cette seconde acception du mot, n'a certes aussi au premier point de vue qu'une possession simplement naturelle ; mais, par contre, une possession naturelle de la première espèce peut fort bien être une véritable possession juridique, et sous ce rapport précisément l'opposé d'une possession naturelle de la seconde espèce. C'est ce que prouve très-clairement l'exemple de la donation entre époux.

Quelle est donc la *naturalis possessio* que les textes veulent désigner lorsqu'ils se servent de ces mots? Entendent-ils nier seulement la possibilité de l'usucapion, ou même aussi le droit aux interdits? C'est ce qui ne pourra se décider dans chaque cas spécial qu'en recherchant la notion positive dont ces mots servent à désigner l'antithèse. Le sens des mots *naturalis possessio*

à l'esclave. C'est en n'apercevant pas cette limitation qui résulte du texte même que l'on a cru devoir recourir à l'interprétation pour restreindre les mots *et naturalis possessio :* de là résulta la glose *et pro suo* que l'on y ajouta (ou mieux *pro suo* sans *et*, c'est-à-dire *nam* ET EA *naturalis possessio* QUÆ EST PRO SUO) ; beaucoup de manuscrits et d'éditions intercalent ces mots dans le texte même ; ACCURSE aussi les considère comme la leçon ordinaire.

(1) Voyez, plus haut, n° 3.

variera donc selon qu'ils seront employés par opposition à la *civilis possessio* ou à la *possessio* en général. Là où une telle opposition ne se trouvera pas exprimée, il faudra recourir à l'interprétation pour découvrir l'idée positive qui seule peut donner un sens précis à ce terme négatif. La règle la plus essentielle en cette matière est de ne jamais oublier le caractère négatif de la possession naturelle, et de ne jamais, par conséquent, se laisser séduire par ce raisonnement si facile en apparence, et que presque tous les auteurs ont fait : *naturaliter possidet, ergo possidet.*

5. Récapitulons maintenant les diverses significations sous lesquelles le mot *possessio* s'est présenté jusqu'à présent. En principe, il désigne un rapport purement naturel (1), et cette idée sert de fondement à toutes les qualifications plus précises de ce mot (*civilis, naturalis*). C'est dans ce sens que l'on attribue au possesseur les droits du défendeur dans le procès en reven-

(1) C'est précisément parce qu'en principe la notion et le mot même n'appartiennent nullement au domaine du droit, que l'étymologie du mot *possessio* a si peu de valeur pour nous, tandis que là où il s'agit de notions juridiques, l'étymologie est souvent si instructive. Depuis longtemps on discute sur le point de savoir si PAUL (L. 1, pr. *de poss.*) fait dériver ce mot de « *pedibus* » ou de « *sedibus.* » Cette dernière leçon se trouve dans le manuscrit florentin; mais la glose déjà l'indique comme variante. La plupart des jurisconsultes la préfèrent, et avec raison, quoique WALTHER (*Miscellan.*, lib. 2, c. 19) donne de bonnes raisons à l'appui de la première. HERMAN CANNEGIETER (*Observat.*, lib. 4, c. 7) en a imaginé une nouvelle, qui combine en quelque sorte les deux autres, mais qui est loin de les valoir ; il lit : « *a pedis sedibus.* » — C'est par la leçon « *pedibus* » que la glose a été amenée à n'admettre pour les choses mobilières qu'une possession improprement dite, parce que c'est sur le sol seulement, et non sur les choses mobilières, que l'on pose ordinairement les pieds. (*Glossa in* § 4, I. *de interdictis*, et à plusieurs autres endroits). Un jurisconsulte français propose d'admettre au moins une exception en faveur des souliers. Cette manière de voir de la glose s'expliquera encore mieux au § 8.

dication (1), quoique cette faveur ne soit nullement limitée à la possession juridique. C'est aussi de cette manière qu'il faut comprendre le *furtum possessionis*, qui peut, en effet, se commettre aussi à l'égard de personnes qui n'ont pas la possession juridique (2).

Indépendamment de cette première signification, *possessio* purement et simplement signifie possession juridique, et c'est à cette *possessio* que l'on oppose la *naturalis possessio* (3).

Quel est donc le sens du mot *possessio* lorsque les sources l'emploient sans autre qualification? Aussi longtemps qu'aucun motif spécial ne nous oblige à la restreindre, cette signification doit être aussi large que possible : ce mot désignera donc alors le rapport purement naturel de la détention. L'exemple des jurisconsultes romains confirme cette règle d'interprétation (4). Or, deux motifs spéciaux peuvent particulièrement nous imposer une restriction, et nous obliger, dans la plupart des cas où le mot *possessio* se trouve employé, à l'entendre dans le sens limité de la possession juridique.

D'abord, lorsque la possession est mise en rapport avec l'usucapion et les interdits, comme une cause avec ses effets,

(1) § 4, I. *de interdictis*. — L. 9, *de rei vindic.* Voy., plus haut, § 3, n° 4.

(2) En effet, d'après la L. 15, § 2, et la L. 59, *de furtis*, celui qui a prêté une chose commet un *furtum* en la soustrayant au commodataire, en supposant que celui-ci ait à la détention de la chose un droit spécial qu'il aurait pu faire valoir contre son prêteur. Or, ce ne peut être là un *furtum rei*, puisque c'est le propriétaire même qui le commet; c'est encore moins un *furtum usus;* ce ne peut donc être qu'un *furtum possessionis;* mais, puisque le commodataire n'a pas la possession juridique de la chose, il en résulte que ce genre de possession n'est pas une condition qu'il faille présupposer, pour qu'il puisse y avoir *furtum possessionis*.

(3) Voyez, plus haut, n° 2.

(4) C'est ainsi qu'ULPIEN interprète une stipulation (L. 38, § 7, *de verb. obl.*) et JULIEN une règle de droit (L. 2, § 1, *pro herede*).

il ne saurait être question que de possession juridique (1).

De même encore, lorsque l'existence de la possession se trouve reposer sur des motifs juridiques, ce doit être une possession juridique, car elle seule est susceptible d'être basée sur de semblables motifs (2). Ainsi dans tous les passages où la question de savoir s'il y a réellement *possessio* fait l'objet de recherches, de doutes, de discussions, il ne peut être question que de possession juridique. Comme application de cette règle essentielle, nous pourrons citer un exemple qui nous a déjà servi à un autre point de vue. Nous avons, en effet, prouvé sous notre n° 1 que la donation entre époux ne pouvait pas produire de *civilis possessio*, mais bien une *possessio* dans le sens général du mot. C'est ce que Paul exprime de la manière suivante(3) : « *Si vir uxori cedat pos-*
« *sessione, donationis causa,* PLERIQUE PUTANT POSSIDERE EAM; » viennent ensuite deux raisons juridiques à l'appui de cette opinion. Dans un autre passage, le même jurisconsulte s'exprime de la manière suivante (4) : « POSSIDERE *autem uxorem rem a viro*
« *donatam,* JULIANUS PUTAT. » Puisqu'il s'agit ici d'opinions personnelles sur l'existence de la possession, et puisque des motifs juridiques sont indiqués comme devant la faire admettre, le mot *possidere* ne peut évidemment désigner ici que la possession juridique, et non le fait purement physique de la détention.

(1) Voyez notre § 2.
(2) Voyez notre § 5.
(3) L. 1, § 4, *de poss.*
(4) L. 1, § 2, *pro donato.*

§ 8.

POSSESSIO JUSTA, BONÆ FIDEI, ETC.

Les définitions que nous avons données jusqu'à présent des termes employés par les jurisconsultes romains sont les seules qui exercent une influence directe sur la manière de traiter notre sujet; quant aux autres expressions, il importe seulement d'en préciser la portée, parce que sans cela nous ne pourrions réfuter d'une manière complète une bonne partie des erreurs les plus accréditées. De ce nombre sont d'abord deux distinctions que font les jurisconsultes romains en matière de possession : *possessio justa, injusta; bonæ fidei, malæ fidei possessio.* En second lieu, il faut y comprendre différents cas où le mot *possessio* désigne tout autre chose que la possession.

Le mot *justum* a deux significations chez les jurisconsultes romains : tantôt il se rapporte au *jus* (*civile*), et s'emploie alors de la même manière que *civile* ou *legitimum*, par exemple : *matrimonium justum, justa traditionis causa*, et ainsi de suite. D'autres fois ce mot a un sens bien plus vague et désigne en général ce qui est juste, par exemple : *absentia justa, error justus*, et autres cas semblables (1). En fait de possession, ce mot se prend dans cette seconde signification, et *justa possessio* est par conséquent une possession à laquelle on a droit, qu'elle soit d'ailleurs ou non une vraie possession au point de vue juridique. En effet, la possession que le gage confère au créancier est une *justa possessio* (2). Or, cette possession n'étant pas *civilis* (3), le mot

(1) Les preuves qui établissent cette double signification sont complétement réunies par BRISSON, *de verb. sign.*, v° *Justus*, p. 687, *ed. Hal.*, 1743.
(2) L. 13, § 1, *de publiciana.* — L. 22, § 1, *de noxal. act.*
(3) Voyez notre § 7, n° 1.

justum ne peut être pris ici que dans sa seconde acception. De plus, même la *missio in possessionem* confère une *justa possessio* (1), et c'est cependant un cas où il ne peut absolument être question de possession juridique (2).

Il en résulte que cette distinction ne concerne que l'idée générale de la possession naturelle (3), même la *justa possessio* ne répond à aucune notion spécialement juridique, et toute cette distinction n'a dès lors pour nous, qui nous occupons d'une théorie de la possession juridique, qu'une importance assez minime (4). Ici, comme en fait de possession naturelle, il est donc essentiel d'éviter ce raisonnement fautif : *juste possidet, ergo possidet.*

Mais cette distinction n'est pas seulement sans valeur pour nous : il est de plus impossible de lui donner un sens précis général ; sa portée ne pourra se préciser que dans certains cas spéciaux (5). A la signification vague et générale que nous venons de lui attribuer, il vient en effet s'en joindre une seconde plus limitée, et qui peut même être considérée comme la plus usuelle :

(1) L. 7, § 8, *comm. div.*

(2) L. 3, § 23, *de poss.*

(3) Voyez notre § 7, n° 5.

(4) « IN SUMMA POSSESSIONIS *non multum interest, juste quis, an injuste possideat.* » L. 3, § 5, *de poss.* C'est-à-dire que cela importera peu, toutes les fois qu'il sera question de l'existence de la possession juridique, de la possession considérée en elle-même comme source de certains droits, et non pas à un point de vue spécial pris en dehors d'elle-même.

(5) CUPERUS (*de nat. poss.*, p. 2, c. 7) a bien établi ce point, quoiqu'il attribue à cette distinction plusieurs significations qui en réalité ne diffèrent pas entre elles ; nous réfuterons plus loin quelques-unes de ses erreurs. La plupart des auteurs ont confondu la *possessio justa* avec la *possessio civilis*. L'opinion la plus singulière est celle de MADERA (*animadv.*, c. 27, dans OTTO, t. 3, p. 488). Il fait dériver *justum* du *jus gentium*, à cause de la L. 95, § 4, *de solut.*, et soutient que toute *possessio* est *justa* parce qu'elle tire son origine du *jus gentium*.

dans cette seconde signification, elle se rapporte aux *vitia possessionis* (1), et *justa possessio* désigne alors toute détention acquise autrement que *vi, clam* ou *precario* (2), qu'elle soit juridique ou non. Cette distinction n'a pas, il est vrai, d'importance au point de vue de la nature de la possession en général, mais bien au point de vue des interdits possessoires.

L'expression *bonæ fidei possessio* est tout aussi vague et tout aussi dénuée de valeur pour la théorie de la possession. La *bona fides* peut se rapporter à tout motif quelconque qui sert de base à la détention. Celui qui croit avoir pour sa détention le motif légal qu'il s'agit précisément d'avoir se nomme *bonæ fidei possessor* : tel sera le cas, en matière d'usucapion, pour celui qui, à raison de sa *justa possessionis causa*, croit réellement acquérir la propriété. Tel sera encore le cas de tout défendeur dans le procès en revendication, lorsqu'il croit avoir le droit de détenir la chose, qu'il le fasse d'ailleurs dériver de son droit de propriété ou d'un simple contrat, d'un bail, par exemple, passé avec le propriétaire, hypothèse dans laquelle le possesseur ne prétend certes pas avoir la possession juridique de la chose. Tel est encore, en fait d'action hypothécaire, le cas du défendeur qui n'a aucune connaissance du droit de gage du demandeur.

[Dans les cas les plus importants, la bonne foi n'a de valeur que lorsqu'elle s'appuie sur un titre juridique, de sorte qu'alors la *bonæ fidei possessio* signifie toujours aussi une possession se basant sur un titre, quoique ordinairement cela ne se dise pas expressément. Dans les cas de ce genre, la bonne foi se trouve donc en rapport avec la *causa possessionis*, et par conséquent

(1) Voy. notre § 2.
(2) Voy. surtout L. 1, § 9 ; L. 2, *uti possidetis*.

aussi avec la règle expliquée au § 7 : *Nemo sibi causam possessionis mutare potest.* (Addition de la 6e édition.)]

Quelque différentes que soient les significations que nous avons vu jusqu'ici attribuer au mot *possessio*, c'était cependant toujours l'idée de la possession qui leur servait de base. Il nous reste à interpréter les textes où le mot *possessio* désigne autre chose que la possession. Il est surtout deux significations de ce genre qui ont de tout temps beaucoup contribué à jeter de la confusion dans la théorie de la possession : ce sont celles qui désignent la propriété et la position de défendeur.

Ainsi l'on se sert quelquefois du mot *possidere* pour dire que l'on est propriétaire d'une chose, et du mot *possessio* pour désigner la chose dont on est propriétaire (1). Il est facile d'expliquer l'origine de cette manière de dire. En effet, la distinction entre possession et propriété reposant sur une idée abstraite qui est du domaine de la science du droit (2), il est assez naturel que dans le langage vulgaire, et chez les auteurs qui n'étaient pas jurisconsultes, cette distinction n'ait ordinairement pas été faite; aussi cette signification ne se rencontre-t-elle ordinairement dans nos textes que lorsqu'ils citent un testament, un contrat, une consul-

(1) « *Interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat : sicut in eo,* QUI POSSESSIONES SUAS LEGASSET, *responsum est.* » L. 78, *de verb. signif.* — La même manière de dire se retrouve dans un grand nombre de passages des Pandectes et du Code, et de même, dans CICÉRON, dans QUINTILIEN, etc. C'est dans ce sens qu'il faut encore entendre la définition que donne CORNELIUS FRONTO (dans GODEFROY : *Auct. linguæ lat. p. m.* 1331) : « HABERE *potest etiam fur et nequam* : POSSIDET *nemo nisi qui rei....* DOMINUS *est.* » Enfin, c'est ainsi qu'il faut interpréter le passage de l'Édit d'après lequel les *possessores* de biens-fonds n'étaient pas astreints à fournir caution dans la procédure. (L. 15, *qui satisd. cog.*) *Possessor* désigne ici, non le possesseur, mais bien le propriétaire. (Voyez Appendice, n° 29.)

(2) Voyez notre § 1.

tation ou d'autres actes, où le mot *possessio* se trouve employé dans ce sens. — Il est à remarquer que dans tous ces passages les mots *possidere* et *possessio* s'emploient seulement quand il s'agit de biens-fonds (1), et il en est tout à fait de même du mot allemand *Besitzung* (2).

Indépendamment de la possession et de la propriété, le mot *possessio* sert aussi à caractériser la position du défendeur. En effet, lorsqu'il s'agit de revendiquer la propriété, cette action ne peut évidemment s'intenter que contre celui qui possède la chose, seulement il ne peut être ici question de possession dans le sens juridique du mot (3). Dans tout procès en revendication, il est donc fort naturel d'appeler le demandeur *petitor* et le défendeur *possessor*, puisque celui-ci possède en effet une chose que le premier réclame de lui. Or la procédure en revendication s'appliquait aussi à d'autres objets qu'à la propriété, notamment à la pétition d'hérédité (4); on transféra dès lors à cette action

(1) ALCIAT, *in* L. 1, pr. *de poss.*, n° 24 (*opp.*, t. 1, p. 1195). Cette circonstance a probablement contribué beaucoup à cette erreur des glossateurs d'après laquelle les choses immobilières pouvaient seules être l'objet d'une vraie possession. (Voy. p. 77, en note.) — Cette application exclusive du mot *possessio* aux cas où il s'agit de biens-fonds est tellement générale, que les mots *possessor* et *possidere* s'emploient souvent d'une manière absolue pour désigner la possession d'immeubles : par exemple, L. 1, *de decret. ab. ord. fac.* — L. 7, *de incend. cf.* ROTH, *de re municipali* (Stuttg.. 1801, p. 43).

(2) Il ne faut pas rattacher à cette observation l'emploi du mot *possessio* servant à désigner la propriété bonitaire : cette manière de dire a une origine tout spécialement historique; nous en parlerons en détail au § 12 *a*.

(3) Voyez notre § 3, n° 4.

(4) CICÉRON, *in Verrem, act.* 2, lib. 1, cap. 45 : « *Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem : aut* PRO PRÆDE LITIS VINDICIARUM CUM SATIS ACCEPISSET, *sponsionem faceret : ita de hereditate certaret.* »

aussi les termes consacrés en matière de revendication, en appelant le demandeur *petitor* et le défendeur *possessor*. Dans la plupart des cas, ces dénominations convenaient parfaitement, parce que la pétition d'hérédité a aussi pour but de réclamer certaines choses qu'un autre possède en vertu d'un mode d'acquisition qui n'est pas spécialement déterminé (*pro herede* ou *pro possessore*). Mais cette action ne se borne pas à ce cas, et il est arrivé ainsi qu'on a nommé le défendeur à l'action en pétition d'hérédité *possessor*, alors même qu'il ne s'agissait pas de la possession d'une chose. On le nomme *juris possessor*, parce qu'il se refuse à faire ce que l'adversaire, en sa qualité d'héritier, croit pouvoir exiger de lui, et qu'il détient ainsi en quelque sorte une portion du droit d'hérédité. Par contre, on appelle *corporis possessor* le défendeur qui est en même temps possesseur d'une chose (1). Il faut donc considérer comme un tel *juris possessor* :

1. Celui qui ne possède pas une chose dépendant d'une succession, mais qui pourrait la posséder, parce qu'il a une action à cette fin : c'est la cession de cette action que l'on exige de lui (2).

2. Celui qui possède dans le pécule de son esclave le prix auquel une chose, dépendant de la succession, a été vendue (3).

3. Celui qui a contracté une obligation envers la succession, par exemple en qualité de *negotiorum gestor* (4).

De la même manière, depuis les temps les plus reculés, les formes de la revendication s'appliquaient au procès qui avait la liberté pour objet : *liberale judicium* (5), et là aussi la position du

(1) L. 9. L. 18, § 1, *de hered. petit.*
(2) L. 16, § 4, 7. L. 35, *de hered. petit.*
(3) L. 34, § 1, *de hered. petit.*
(4) L. 10, *si pars hered. petatur.*
(5) Voyez surtout TITE-LIVE, lib. 3, c. 44-48.

défendeur et les faveurs qui s'y attachent se désignaient par les mots : *libertatis, servitutis possessio* (1).

La position du défendeur se désigne donc par le mot *possessor*, même quand il ne s'agit pas d'une chose qui puisse être possédée : mais cette proposition n'est pas vraie d'une manière absolue. On ne peut l'établir avec certitude qu'en matière d'*hereditatis petitio* et de *liberale judicium*. Elle est probable seulement pour toutes les autres actions, où l'on employait la procédure en revendication (2); partout ailleurs elle est tout à fait inadmissible (3).

Lors donc que les textes du droit romain parlent de *possessio*, il faudra, pour les rapporter avec certitude à la possession, pouvoir prouver que ces passages n'ont en vue ni la propriété ni la position de défendeur. Il est impossible d'établir à cette fin une règle générale d'interprétation; mais il se présentera difficilement un cas où cette distinction puisse soulever des difficultés sérieuses.

(1) DIGESTE, lib. 40, t. 12. — *Servitutis possessio* ne doit pas être confondu avec *servi possessio*.

(2) Encore faut-il faire exception pour les actions qui ont des servitudes pour objet, puisque là le *possessor* peut même être demandeur. § 2, I. *de act.*

(3) La L. 62, *de judiciis*, dit, il est vrai, d'une manière générale : « INTER LITIGANTES *non aliter lis expediri potest, quam si alter* PETITOR, *alter* POSSESSOR *sit : esse enim debet qui onera* PETITORIS *sustineat, et qui commodo* POSSESSORIS *fungatur.* » Mais *petere* et *petitor* ne peuvent se rapporter qu'aux *in rem actiones* (L. 28, *de oblig. et act.* — L. 178, § 2, *de verb. sign.*), et dès lors ce passage ne contrarie nullement notre règle : il est même probable qu'il ne concernait que la pétition d'hérédité, car il est extrait d'un livre d'ULPIEN qui traite presque exclusivement du droit d'hérédité, lib. 39, *ad edictum.* — (L. 22, *qui test. fac. poss.* — L. 1, 3, 5, *de bon. poss.* — L. 2, *de B. P. furioso.* — L. 1, 3, *de B. P. contra tab.* — L. 1, *de B. P. sec. tab.* — L. 6, *si tab. test. nul.*). — Du reste, il ne s'agit ici que des termes admis par nos sources. CICÉRON emploie la même expression à propos des contestations surgies entre le *publicanus* et les

§ 9.

ÉLÉMENTS SUBSTANTIELS DE LA POSSESSION.

Jusqu'ici nos études nous ont montré que toute possession juridique se réfère, soit à l'usucapion, soit aux interdits (§ 2), et que dans les deux hypothèses elle repose sur une notion générale de *possessio* dans le sens juridique du mot, laquelle notion doit, pour rendre possible l'usucapion, se combiner encore avec quelques éléments particuliers (§ 7).

Maintenant seulement nous pourrons nous demander : Que faut-il pour qu'il y ait *possessio* dans le sens juridique du mot? ou, en d'autres termes, quels sont les éléments substantiels de cette notion?

Nous avons pris pour point de départ l'idée générale de la détention, c'est-à-dire de ce fait physique qui a la propriété pour corrélatif dans le domaine du droit (§ 1); mais cette idée première de la possession, pour pouvoir devenir la condition déterminante de droits (§ 5), devait être susceptible de certaines modifications juridiques. La plupart de ces modifications sont d'une nature si spéciale, qu'elles ne peuvent être bien comprises et enseignées que là où nous entrerons dans le détail de la théorie de la possession; il en est une, toutefois, qui est tout à fait générale, et c'est elle qui doit, dès à présent, nous servir à préciser d'une manière complète la notion de la possession.

habitants des campagnes relativement aux dîmes : *in Verrem*, lib. 3, c. 11 : « *Cum in his, inquam, rebus omnibus publicanus petitor, ac pignerator, non creptor,* NEQUE POSSESSOR *soleat esse.... Utrum est æquius.... eum qui manu quæsierit an eum qui digito licitus sit,* POSSIDERE? »

Pour être considérée comme possession, toute détention doit être intentionnelle, c'est-à-dire que, pour être possesseur, il ne suffit pas de détenir la chose, il faut aussi *vouloir* la détenir (1). Nous avons maintenant à préciser davantage ce que c'est que cette volonté, cet *animus possidendi*, correspondant au fait de la détention.

Nous avons dit plus haut (2) que la détention d'une chose est un fait physique correspondant au fait juridique de la propriété. En conséquence l'*animus possidendi* n'est autre chose que l'intention d'exercer le droit de propriété. Cette définition cependant ne suffit pas, car celui qui détient une chose peut avoir cette intention de deux manières différentes : il peut vouloir exercer le droit de propriété d'autrui ou le sien propre. S'il a l'intention d'exercer le droit de propriété d'autrui, droit qu'il reconnaît par là même, il n'y a pas là cet *animus possidendi* qui est nécessaire pour que le fait de la détention se transforme en possession. (Voyez Appendice, n° 30.) Cette proposition, que le droit romain établit en termes formels (3), s'explique très-naturellement par ce que nous avons dit pages 7 et 8, sur les interdits. Il ne reste donc que la seconde hypothèse, celle où le détenteur a l'intention

(1) L. 3, § 1, *de poss.* « *Apiscimur possessionem corpore et* ANIMO : NEQUE *per se animo, aut* PER SE CORPORE. »

(2) Page 2.

(3) L. 18, pr. *de poss.* : « *Nec idem est* POSSIDERE *et* ALIENO NOMINE POSSIDERE. *Nam possidet cujus nomine possidetur. Procurator alienæ possessioni præstat ministerium.* »Ce cas est important pour la possession sous trois rapports différents : *a*) en ce que l'*animus sibi habendi*, ou, si l'on veut, l'idée première de la possession, ne s'applique pas à celui qui détient la chose ; c'est ce dont nous parlons en ce moment ; *b*) en ce que tantôt il a une possession dérivée, tantôt il n'en a pas (§§ 23 à 25) ; *c*) en ce que l'autre personne, qui ne détient pas la chose, en est cependant considérée comme possesseur (§§ 26, 27).

d'exercer son propre droit de propriété (1), en sorte que l'*animus possidendi* n'est ici autre chose que l'*animus domini* ou l'*animus sibi habendi* (2). Ainsi, pour être considéré comme véritable possesseur d'une chose, il faut nécessairement que celui qui la détient se gère à son égard en propriétaire ; en d'autres termes, qu'il prétende en disposer en fait comme un propriétaire aurait la faculté légale de le faire en vertu de son droit, ce qui implique en particulier aussi le refus de reconnaître dans le chef d'autrui un droit quelconque supérieur au sien (3). L'idée de la possession n'exige absolument rien de plus que cet *animus domini;* et surtout elle ne suppose pas la conviction que l'on soit réellement

(1) On pourrait, à première vue, trouver cette distinction incomplète ; on pourrait imaginer une troisième hypothèse où celui qui détient la chose n'en attribuerait le droit de propriété ni à lui-même, ni à quelque autre personne, mais se bornerait à vouloir la conserver dans un but spécial, par exemple, à cause des fruits qu'elle produit. Mais ce cas ne diffère du nôtre qu'en apparence ; car celui qui veut détenir une chose sans reconnaître de droit de propriété à un autre, a toujours l'*animus domini*, et, au point de vue juridique, il importe peu de savoir dans quel but spécial il prétend à cette propriété.

(2) THÉOPHILE, sur le § 4, I. *per quas pers. adq.*, et sur le § 2, I. *quibus modis toll. oblig.* Là seulement cette proposition se trouve formellement exprimée ; dans les Institutes et dans les Pandectes, on ne la trouve nulle part, quoiqu'elle soit toujours tacitement admise. (Voy. Appendice, n° 31.)

(3) Les mots *animus domini* n'ont donc d'autre but que de déterminer la nature de l'intention requise pour posséder, en la rapportant à ce que le propriétaire aurait le droit de faire ; cela ne veut nullement dire que l'intention du possesseur doive avoir pour objet le droit de propriété lui-même, ce qui serait absurde, par exemple, de la part d'un voleur. C'est cependant de cette manière erronée que plusieurs des auteurs cités plus loin, à la fin de ce paragraphe, ont compris « l'intention d'exercer le droit de propriété » que j'exige pour qu'il y ait possession. Ainsi, WARNKOENIG, p. 173, exprime mon opinion de la manière suivante : « Soutenir qu'une chose est à soi, la nommer *suam ex jure Quiritium*, telle est la limite jusqu'où l'on doit aller. » Voyez aussi GUYET, *Abhandl.*, p. 176. (Note de la 6e éd.)

propriétaire (*opinio seu cogitatio domini*); voilà pourquoi le voleur et le brigand peuvent tout aussi bien avoir la possession de la chose volée que le propriétaire lui-même, et ils diffèrent de la même manière que celui-ci du fermier qui, lui, ne possède pas, puisqu'il ne considère pas la chose comme sienne (1).

(1) La notion de la possession, telle que nous venons de l'exposer, est enseignée avec plus ou moins de clarté par la plupart des jurisconsultes. ZACHARIÆ (*de poss.*, p. 5) la rejette, et la remplace de la manière suivante : « *Possessio nobis est : ea rei ad hominem ratio, e qua appareat, esse alicui et animum rem sibi habendi, et reliquarum virium modum animo illi accomodatum.* » Cet *animus*, ZACHARIÆ le reconnaît lui-même à la page 6, n'est rien de nouveau ; mais ce qui est nouveau, c'est la seconde partie de cette définition (p. 10). Quelle est donc cette mesure de forces physiques répondant à l'*animus domini* ? L'*animus domini* a pour objet la libre disposition de la chose à l'exclusion de toute autre personne ; tel doit donc être aussi l'objet de ce *virium modus*, et dès lors ce n'est pas autre chose que le fait de la détention, tel que tout le monde se le représente, et tel que je l'ai expliqué plus haut (p. 2). Le *virium modus* n'est donc pas un élément nouveau, et il n'y aura de nouveau dans cette définition que le mot *appareat*. La possession serait donc, d'après ZACHARIÆ, le rapport existant entre une personne et une chose, rapport qui révèle que cette personne a l'*animus domini* et qu'elle est à même de le réaliser. Le fait physique reçoit ainsi, en quelque sorte, une valeur symbolique, puisqu'il est destiné à indiquer, à exprimer quelque chose (p. 10, 11). Je ne m'arrêterai pas à montrer que ce nouvel élément de la possession est démenti par la pratique dans une foule de cas ; il est, de plus, si vague et indéterminé, qu'une réfutation directe serait extrêmement difficile et même impossible. Mais la manière dont ZACHARIÆ prétend l'établir se réfute par elle-même. Il veut en effet prouver que des cas, inexplicables jusqu'aujourd'hui, en fait d'acquisition et de perte de possession, pourront se déduire et s'expliquer par sa manière de voir. Quant à la perte de la possession, nous verrons plus loin que ZACHARIÆ n'arrive à aucune conséquence à laquelle nous n'arrivions aussi. Ne parlons donc, pour le moment, que de l'acquisition de la possession. Or, cette manifestation symbolique dont parle ZACHARIÆ (*appareat*) peut se concevoir de deux manières différentes : il se peut que ce qu'il s'agit de manifester, c'est à-dire le *virium modus*, existe réellement ; il se peut aussi qu'il n'existe pas, mais que l'auteur de cette manifestation en suppose à tort l'existence. Dans cette seconde hypothèse, il est évident qu'aucune possession ne sera

L'application de ces principes ne pourra soulever des doutes que dans les cas où l'on prétendra exercer sur une chose un droit dont le rapport avec le droit de propriété présente quelque incertitude ; tels sont les droits suivants :

1. La *propriété bonitaire* (1). Dans tous les cas qui ne sont pas exclusivement propres à l'ancien droit civil, strict et rigoureux, la propriété bonitaire s'assimile complétement à la pro-

acquise. Ainsi, devant la porte d'un magasin, on m'en remet les clefs afin de me mettre en possession des marchandises qui doivent s'y trouver ; ces marchandises cependant ne s'y trouvent pas ; il est dès lors certain que je n'en ai pas acquis la possession. Voici donc le rapport qui existe entre ma notion de la possession et celle qu'enseigne ZACHARIÆ : la mienne renferme le fait de la détention et l'*animus domini* ; celle de ZACHARIÆ comprend ces deux mêmes éléments, et, de plus, cette manifestation symbolique dont nous venons de parler ; il exige donc quelque chose de plus que moi. Dès lors, il est évident que toute possession admise par ZACHARIÆ devra l'être également par moi, tandis que l'inverse ne sera pas vrai. Pour me réfuter, ZACHARIÆ aurait donc dû trouver des cas où, d'après moi, il devrait y avoir véritable possession, mais où lui, et avec lui le droit romain, en nieraient l'existence. Or, c'est ce qu'il ne fait pas ; ses exemples, au contraire, sont dans le sens inverse, et dès lors il se contredit. Pour le prouver, un seul exemple, emprunté à ZACHARIÆ lui-même (p. 19), suffira. Si, dans l'espèce de la L. 18, § 2, *de poss.*, nous supposons qu'une rivière sépare ma tour du fonds qui m'est vendu, et que cette rivière, pour le moment, intercepte le passage, il est certain que, dans ma théorie, la possession de ce fonds ne me sera pas acquise ; mais dans celle de ZACHARIÆ, elle ne le sera pas non plus, car celui qu'une rivière empêche d'exercer aucun pouvoir sur un fonds, ne peut sérieusement vouloir manifester ce pouvoir qu'il n'a pas.

(1) Dans mes deux premières éditions, j'avais compris le *in bonis habere* et la *bonæ fidei possessio* sous l'expression commune de propriété prétorienne ; je m'y étais déterminé par la considération que deux effets principaux étaient communs à ces deux situations, savoir l'usucapion et l'action Publicienne (cette dernière toutefois non pas d'une manière générale, mais au moins dans les cas d'acquisition dérivée). Cependant il est absolument nécessaire de les distinguer rigoureusement. C'est dans ULPIEN, XIX, 20, 21, que cette distinction est faite de la manière la plus tranchée. (Voyez Appendice, n° 32.)

priété proprement dite; de sorte qu'ici l'application immédiate de notre principe ne peut soulever le moindre doute. Et il sera complétement indifférent qu'un autre ait ou n'ait pas la simple propriété quiritaire : *nudum jus Quiritium*. — Sous ce rapport, la *bonæ fidei possessio* ne saurait être considérée comme constituant un droit, distinct, car le *bonæ fidei possessor* s'attribuait toujours, et prétendait avoir acquis, soit la propriété romaine proprement dite, soit la propriété de droit naturel; cette conviction dans laquelle il était d'avoir ce droit, conviction qui naturellement suppose aussi la volonté de l'avoir, impliquait nécessairement l'*animus domini*, de sorte que dans cette hypothèse l'action Publicienne n'était nullement nécessaire pour fonder une véritable possession et n'aurait présenté d'utilité sous aucun rapport (1).

2. Les *fonds provinciaux*. En vertu d'une ancienne règle du droit romain, ces fonds n'étaient pas susceptibles de propriété quiritaire; le *commercium*, dans le sens rigoureux du mot, leur était refusé. Cette impossibilité de toute propriété quiritaire excluait nécessairement aussi, lorsqu'il s'agissait d'acquérir un droit sur ces sortes de fonds, l'emploi des vieilles formes romaines, telles que la *in jure cessio*, la *mancipatio* et l'*usucapio*. D'autre part, il est tout à fait incontestable que, sous tous les autres rapports, les possesseurs de ces fonds provinciaux pouvaient être considérés comme de véritables propriétaires, et que par conséquent l'*animus domini* pouvait parfaitement leur être attribué (2). C'est ce qui résulte de la manière même dont ce

(1) Cette manière d'envisager la *bonæ fidei possessio* a été exposée d'abord dans ma 4e édition.

(2) Le droit de propriété souveraine du peuple romain sur les fonds provinciaux ne s'oppose nullement à cette manière de voir : car, même

genre de droit a pris naissance, et aussi de plusieurs passages des anciens auteurs (1). Ce droit ressemblait donc beaucoup à la propriété bonitaire, telle qu'elle existait à Rome et en Italie. Mais Justinien a supprimé toute différence entre la propriété quiritaire et bonitaire : et comme conséquence de cette mesure, il a accordé aux habitants des provinces le droit de propriété foncière plein et entier (2) ; ainsi se justifie aussi le rapprochement que nous établissons ici entre ces anciens droits.

3. Les *servitudes:* droits introduits par le *jus civile*, et que l'on considère comme des démembrements de la propriété (*jura, jura in re*) (3). On les oppose, comme tels, à la propriété qui implique

en admettant que ce n'ait pas été une simple hypothèse des jurisconsultes (*Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss.* V, 256 et suiv.), il n'en est pas moins certain qu'en fait et dans les cas individuels, ce droit ne s'exerçait jamais et n'avait dès lors aucune importance pratique au point de vue des relations privées. Si la revendication pouvait s'appliquer aux fonds provinciaux, ce qui est incontestable (FRONTINUS, p. 36, v. 8-15 *Lachmann*), il est tout aussi certain que l'*animus domini*, et par suite une véritable possession, pouvait s'y concevoir. Les mêmes raisons nous expliquent comment l'*ager publicus* en Italie pouvait être l'objet d'une véritable possession : le droit de propriété du peuple romain avait ici une importance bien plus réelle, puisque les concessions pouvaient toujours être retirées ; mais cela ne se faisait que par des plébiscites, par des actes du domaine du droit public; et pour ce qui est des rapports privés des particuliers entre eux, l'*animus domini* s'y concevait tout aussi bien que dans le cas d'une propriété quiritaire. (Note de la 6e éd.) (Voyez Appendice, n° 33.)

(1) FRONTINUS, p. 35, 17-36, 15. AGGENUS URBICUS, p. 4, 6-16 ; p. 63, 1-22, de l'édition des *gromatici veteres* de *Lachmann*. — THEOPHILUS, au § 40, I. *de div. rerum*.

(2) Code, *de usucap. transformanda*.

(3) Que tel est le vrai sens des mots *jus in re*, et que cette expression, loin d'embrasser l'idée du *dominium* lui-même, l'exclut au contraire, c'est ce que l'on trouvera parfaitement établi dans WAECHTLER, *de jure in re, Viteb.*, 1862, 12 ; puis aussi dans THOMASII *diss. Lipsiens.; Lips.* et *Hal.*, 1696, 4, p. 235. La même opinion avait déjà auparavant été

la totalité des droits réels. Cette opposition, sans laquelle la notion de la servitude ne saurait se préciser, prouve à l'évidence que celui qui prétend exercer une servitude ne saurait en même temps avoir l'*animus domini*. Il n'est qu'un seul cas où l'on pourrait, sous ce rapport, éprouver peut-être quelque hésitation, c'est celui de l'usufruit ; mais le droit romain ne considère nullement l'usufruitier comme propriétaire. *Proprietas* est même le terme technique pour désigner le droit qui subsiste après déduction de l'usufruit. Toutes les servitudes excluent donc l'idée d'un *animus domini*.

4. Le droit de *superficie* est tout à fait semblable aux servitudes ; c'est uniquement par un motif historique qu'on ne le compte pas au nombre de ces dernières. En effet, ce n'est pas le droit civil, mais l'édit du préteur, qui lui a donné naissance. Le droit de superficie est donc un *jus in re* comme les servitudes. Gaius confirme expressément que telle est sa vraie nature, et que le *superficiarius* ne saurait être considéré comme ayant la chose *in bonis* (1). Dès lors l'*animus domini* et la possession proprement dite sont ici impossibles (2).

développée par HUBER, *Animadv. ad jus in re, Franck.*, 1675, in-12. (Voy. aussi les *Digress.*, lib. 4, c. 10, et dans FELTMANNORUM *Opp.*, *Arnhem*, 1764 f°, t. 2, p. 257). Mais HUBER est allé trop loin, et sa notion du *jus in re* devient tout à fait vague et indéterminée : il attribue même au commodataire un *jus in re*. THIBAUT (*Versuche*, II, p. 32) soutient la même opinion, qui se base exclusivement sur la L. 2, § 22, *vi bon. rapt.* ; mais les mots : « *vel quod aliud jus* » peuvent tout aussi bien et même beaucoup mieux se rapporter uniquement à « *sive usumfructum.* »

(1) L. 2, *de superficiebus* : « *Superficiarias ædes appellamus quæ in conducto solo positæ sint, quarum proprietas* ET CIVILI ET NATURALI JURE *ejus est cujus et solum.* »

(2) Nous fournirons plus loin, en parlant de la possession dérivée, la preuve directe que le *superficiarius* n'est en aucune manière possesseur de la chose (§ 23).

5. *Ager vectigalis* et *emphytéose :*

a. Ager vectigalis. Nos premières données positives sur ce point remontent à Trajan ou à Adrien. Hygin (1) nomme ainsi les fonds donnés en location par le peuple romain, les villes, les colléges des pontifes et les vestales. Dans les deux premiers cas, le bail était ordinairement de cinq ou de cent ans ; dans les deux derniers, de cinq ans ou d'un an.— On comprend facilement que les Pandectes ne parlent plus que d'un seul de ces quatre cas, du bail des propriétés appartenant aux villes. Les termes consacrés y ont subi une modification : on ne nomme plus *vectigales* que les fonds loués en bail à rente (bail à perpétuité, bail héréditaire, en allemand *Erbpacht*); tous les autres sont *non vectigales* (2); mais dans les deux cas, sans distinction aucune, une action réelle est accordée au locataire (3).

b. Emphytéose. Nous en trouvons la première trace dans les Pandectes (4). On n'y indique pas la nature même du droit, mais on le considère expressément comme un *jus* PRÆDII et on le place à côté de l'usufruit.

Les codes de Théodose et de Justinien parlent déjà souvent des

(1) Dans LACHMANN, p. 116, 5-15. Ailleurs il nous dit que le prix du bail consistait tantôt en argent, tantôt en une partie des fruits, ordinairement le cinquième ou le septième du produit, p. 205, 10. — PLINE (*Epist.*, VII, 18) en parle aussi d'une manière générale. (Voyez Appendice, n° 34.)

(2) L. 1, pr. *si ager vectigalis.*

(3) L. 1, § 1; L. 3, *eod.* C'est une question très-douteuse de savoir si les autres droits attachés à l'*ager vectigalis* étaient aussi accordés au fermier temporaire. Les termes employés semblent prouver le contraire, puisque partout il n'est question que d'*ager* VECTIGALIS. Mais comme l'action réelle s'attachait aux deux hypothèses, je pense qu'il en était ainsi des autres droits également; en d'autres termes, je pense que les mots *ager vectigalis* ne se prenaient pas ordinairement dans le sens restreint. C'est ce que semble aussi prouver le passage d'HYGIN.

(4) L. 3, § 4, *de reb. eor. qui sub tut.*, *cf.*, § 5, *eod.*

prædia emphyteutica; mais au commencement ce ne sont toujours que des biens patrimoniaux du prince (1), et on les distingue expressément de l'*ager vectigalis* (2).

Une constitution de Zénon adopte une forme spéciale de contrat pour l'établissement de l'emphytéose (3); ici cela n'a guère d'intérêt pour nous, mais les expressions générales dont se sert cette constitution prouvent qu'alors l'emphytéose s'appliquait aussi souvent aux biens des particuliers; et l'interprétation de cette constitution dans les Institutes démontre qu'il faut entendre ces mots dans le sens d'un bail héréditaire (4). Il n'est nullement question d'un droit sur la chose elle-même.

Justinien a précisé la nature de ce droit. Il n'en parle qu'incidemment, il est vrai, mais cependant d'une manière si claire, qu'il est impossible d'éprouver encore le moindre doute. Il veut que cette emphytéose de nouvelle création ait exactement les mêmes droits que l'ancien *ager vectigalis;* en d'autres termes, tout bail héréditaire, peu importe que le bailleur soit ou non une ville, sera régi à l'avenir par les mêmes principes que l'étaient auparavant les baux, héréditaires ou temporaires, des biens appartenant aux municipalités (5).

(1) *I. Gothofrêdi paratit. Cod Theod.*, X, 3.
(2) L. 13, C. *de prædiis et al. reb. minorum.*
(3) L. 1, C. *de jure emphyt.*
(4) § 3, I. *de locat.*
(5) *Inscriptio,* tit. 3, lib. 6, Dig. : « *Si ager vectigalis ;* ID EST EMPHYTEUTICARIUS, *petatur.* » — L. 15, § 1, *qui satisdare cog.* ; « *sed et qui vectigalem,* ID EST EMPHYTEUTICUM *agrum possidet, possessor intelligitur.* » C'est là évidemment une interpolation de TRIBONIEN. Cela ne veut cependant pas dire que cette assimilation soit une innovation de JUSTINIEN. Il est, au contraire, assez probable que l'usage l'avait déjà introduite; car sans cela JUSTINIEN n'aurait certes pas manqué de proclamer pompeusement cette innovation dans une constitution spéciale.

Si l'on combine ces dispositions avec ce que nous avons dit de l'*ager vectigalis*, il se présente une question commune à ces deux institutions dès lors réunies : était ce une espèce de propriété, comme le droit aux fonds provinciaux, par exemple, ou bien faut-il les considérer comme des *jura in re* analogues au droit de superficie? C'est dans ce dernier sens que je crois aujourd'hui devoir résoudre la question, car les Romains attribuent expressément au fermier, dans le cas d'un bail héréditaire, un *jus in fundo*, ou un *jus prædii* (1), et les constitutions le distinguent toujours du *dominus*, c'est-à-dire du bailleur, et le mettent en opposition avec ce dernier (2).

D'après tout ce que nous avons dit jusqu'ici sur la nature de la possession, on ne devrait ici, pas plus qu'en matière de droit de superficie, pouvoir admettre de véritable possession. Toutefois il en est autrement. Il est impossible de nier ici l'existence d'une véritable possession (3), et cette inconséquence apparente ne pourra s'expliquer que plus loin, au § 12, *a* (4).

(1) L. 71, §§ 5, 6, *de leg. Jul.* — L. 3, § 4, *de rebus eorum.*

(2) L. 1. 2, 3, C. *de jure emphyt.* — L. 2, C. *de mancip. et col.* Ailleurs, il est vrai, dans la L. 12, C. *de fundis patr.*, le fermier héréditaire semble être nommé *dominus ;* mais, en réalité, ce passage suppose le cas où le fermier héréditaire a acquis au delà de son *jus in re* le véritable *dominium.* THIBAUT, *Abhandlungen,* p. 274, 281.

(3) L. 25, § 1, *de usuris* (voy., plus bas, § 22, *a*).

(4) Pour éviter cette inconséquence, que je crois pouvoir expliquer aujourd'hui, j'avais adopté, dans ma deuxième édition, l'opinion qui assimile le fermier héréditaire à un propriétaire bonitaire. A l'appui de ma manière de voir, j'invoquai la circonstance que ce fermier possède des droits importants que n'a pas l'usufruitier. Mais l'extension différente de ces deux droits ne prouve nullement qu'ils ne soient pas de même nature. L'expression dont se sert la L. 1, pr. *de condict. trit.*, ne prouve guère davantage. Cette loi s'exprime comme suit : « *quare* FUNDUM *quoque per hanc actionem petimus* ETSI VECTIGALIS SIT. » En effet, la L. 12, § 1, *quib. modis pign.*, dit également, en parlant du créancier gagiste : REM

6. Le *droit de gage* enfin ne doit être mentionné ici que parce qu'il donne aussi une action réelle. Il n'en est pas moins certain que le créancier gagiste ne saurait en aucune manière être considéré comme propriétaire ; loin de là, il reconnaît nécessairement le droit de propriété d'autrui. Il ne peut donc y avoir ici d'*animus domini*, ni par conséquent de possession, dans le sens que nous lui avons attribué.

D'après ce que nous avons dit jusqu'à présent pour préciser la notion de la possession, il ne faut considérer comme possesseur que celui-là seulement qui détient la chose en son propre nom, et non pas celui qui la détient pour un autre. Dans ce dernier cas, disons-le déjà ici en passant, le véritable possesseur sera celui au nom duquel la détention a lieu. Toutefois la possession est considérée comme un droit (§ 5), et à ce titre elle peut être aliénée. Voilà pourquoi, dans cette hypothèse, le possesseur véritable et originaire pourra transférer le droit de la possession à celui qui exerce le droit de propriété en son nom, et qui par conséquent, d'après tout ce que nous avons dit jusqu'ici, ne saurait être considéré comme possesseur. Outre la possession originaire, dont les éléments sont la détention et l'*animus do-*

persequi et *vindicatio* REI ; et cependant, personne ne niera que le droit de gage ne soit un simple *jus in re*. Cette manière de dire semble, du reste, avoir la même origine dans les deux cas et découler de la *corporis possessio* qui s'attache à ces genres de *jura in re*. L'usufruit n'implique pas une semblable possession, et voilà pourquoi l'on ne parle jamais, en matière d'usufruit, d'une REI, mais seulement d'une JURIS *petitio*, *persecutio*, *vindicatio*. — Quant à la nature juridique de l'emphytéose, voyez surtout THIBAUT, *Abhandlungen*, n° XI. L'essence de cette dissertation avait du reste déjà été publiée par lui dans : *Hallische A. L. Z. Ergœnzungsblœtter*, 1806. Vol. 2, n° 144, p. 550.

(Add. de la 7e éd.) Voy., par contre, une dissertation très-profonde et très-claire de ARNDTS dans LINDE *'s Zeitschrift* (1847), nouvelle série, vol. III. 3, p. 367-422.

mini, il y a donc encore une possession dérivée, dont le principe se trouve dans la possession originaire d'une autre personne. Toute la différence entre cette possession dérivée et la possession primitive, dont nous nous sommes occupés jusqu'à présent, gît dans l'*animus possidendi;* quant à la détention, ces deux genres de possession se ressemblent complétement. L'*animus possidendi*, qui, dans la possession originaire, est un véritable *animus domini*, a pour objet, quand il s'agit de possession dérivée, le *jus possessionis* transféré par le possesseur originaire (1). De cette manière le créancier, par exemple, a la possession juridique du gage qui lui est remis, quoiqu'il ne s'en prétende certes pas propriétaire; car le débiteur, qui avait la possession pleine et entière de la chose, lui a transféré, avec la détention, le *jus possessionis* (2).

(1) Il faut bien remarquer que ce qui caractérise la possession dérivée concerne seulement l'*animus possidendi*, c'est-à-dire les éléments de la conviction personnelle de celui qui se prétend possesseur. Il suffit donc pour qu'il y ait possession dérivée, que ce possesseur considère sa possession comme lui étant transférée par un autre; peu importe d'ailleurs que la translation soit par elle-même valable ou non. Ainsi l'acte, nul en lui-même, par lequel on donnerait en gage la chose d'autrui, transfère au créancier gagiste la vraie possession de la chose. Ce n'est donc pas ici non plus une succession à la possession d'autrui. (Voy., plus haut, p. 21 et 22). Partout, au contraire, où nous rencontrons une semblable succession, par exemple, dans l'*accessio possessionis* en matière d'usucapion, l'on n'a pas égard à la seule conviction du possesseur, mais on exige l'existence réelle d'un lien juridique entre lui et le possesseur antérieur.

(2) La conséquence importante de tout ceci, c'est qu'en vertu de certains rapports juridiques, celui dont l'*animus* n'est pas l'*animus* DOMINI, sera néanmoins véritable possesseur, tandis que, d'autre part, celui qui a en réalité cet *animus domini*, et qui devrait par conséquent être le vrai possesseur, n'a cependant pas la possession de la chose. Ce dernier point est reconnu même par mes adversaires, que j'énumère à la fin de ce paragraphe. En effet, eux aussi insistent sur ce que dans le *precarium*,

Toutefois la possession dérivée ne doit pas être entendue dans ce sens qu'il faille l'admettre toutes les fois que le vrai possesseur prétendrait la faire admettre. Elle est une dérogation aux principes primitifs de la possession, et dès lors il ne faut l'admettre que là où le droit positif l'établit expressément (1). L'idée de cette possession n'est donc encore que purement abstraite et ne recevra d'existence concrète et réelle que lorsque nous aurons trouvé des cas spéciaux où la loi la sanctionne. C'est en parlant de l'acquisition de la possession (2) que nous pourrons préciser d'une manière complète les cas où il faut admettre une possession dérivée, c'est-à-dire ceux où il faut reconnaître qu'avec la détention le *jus possessionis* lui-même a été également transféré. L'expression la plus générale de ce que renferme en substance la notion de la possession est donc celle-ci : c'est la détention jointe à l'*animus possidendi*, et celui-ci peut être de deux genres différents, selon qu'il s'agit de possession originaire ou de possession dérivée. Dans le premier cas, c'est un *animus* DOMINI ; dans le second, c'est l'intention d'avoir le *jus possessionis*, qui jusque-là appartenait à un autre (3). — Toutefois cette subdivision ne doit

par exemple, l'ancien possesseur se dépouille volontairement de sa possession. C'est reconnaître implicitement que, sans cet acte de volonté, la possession, d'après la nature même des choses, serait restée par-devers lui.

(1) Plusieurs auteurs modernes soutiennent, au contraire, que le droit de la possession peut arbitrairement se transférer à tout fermier, etc. THIBAUT, *Archiv*, vol. 18, p. 322, et Pandectes, § 208 de la 8e édition. Voy. aussi, plus bas, § 23, où il est question du contrat de bail. (Note de la 6e éd.)

(2) Voyez, plus bas, la section 2e.

(3) Dès lors il devient fort indifférent de dire que c'est l'*animus possidendi*, ou bien, l'*animus sibi possidendi, sibi habendi*, qui constitue l'essence de la possession. La plupart des auteurs se sont beaucoup trop occupés de ces expressions, et ont par là négligé de développer suffisamment les notions elles-mêmes dont il s'agit.

absolument pas s'étendre aux droits qu'implique la possession : ces droits sont absolument les mêmes; la différence ne frappe que le mode d'acquisition. C'est pour cette raison aussi qu'il ne faut pas objecter que les jurisconsultes romains n'avaient pas de termes spéciaux pour désigner cette subdivision; l'idée s'en trouve incontestablement dans le droit romain (1).

Maintenant il nous sera possible de résumer dans un tableau synoptique les diverses notions de la *possessio* qui présentent de

(1) ZACHARIÆ nie absolument la possession dérivée (*de poss.*, p. 6-9) et cherche à expliquer d'une autre manière les cas où je crois la trouver. La possession du créancier gagiste serait une *juris quasi possessio;* celle du séquestre, une *ficta possessio* sans aucun *animus possidendi;* enfin la *precaria possessio* renfermerait un véritable *animus domini* exactement comme dans le cas de propriété révocable. Dans le premier et dans le troisième exemple, l'erreur est si évidente qu'il serait superflu de la réfuter en détail. En effet, quant au premier cas, les jurisconsultes romains disent, dans un grand nombre de passages, en parlant du créancier : *possidet, possessionem habet*, etc. (voy. surtout L. 35, § 1, *de pign. act.*), et ces mêmes jurisconsultes ont soin de remarquer en parlant de l'usufruitier : *in possessione est, non possidet.* Quant au troisième cas, quel droit le *precario rogans* a-t-il donc de plus que le fermier, droit qui expliquerait chez lui l'*animus domini*, alors que le fermier n'a certes pas cet *animus?* Serait-ce la possession juridique? Mais c'est précisément celle-ci qu'il s'agit d'expliquer. Nous ne devons donc accorder quelque attention qu'au deuxième cas. Admettons que ZACHARIÆ ait expliqué les trois cas en niant la possession dérivée et en soutenant l'existence d'une *ficta possessio* sans aucun *animus*. Il est cependant impossible de soutenir d'une manière absolue que l'*animus* ne soit pas nécessaire; car celui qui ignore le fait de l'appréhension, le fou, l'enfant, n'acquièrent certes pas la possession. Nous devrons donc toujours en revenir à un *animus possidendi*, différent seulement de l'*animus domini*. Mais alors nous retombons tout à fait dans ce que j'appelle possession dérivée. Que ce soit là une déviation de la notion primitive et originaire de la possession, une fiction en d'autres termes, et qu'il ne faille dès lors l'admettre que là où la loi positive la reconnaît expressément, c'est ce que j'ai déjà dit dans ma 1re édition et c'est ce que j'ai encore répété plus expressément ici. (Voyez Appendice, n° 35.)

l'importance au point de vue de la théorie (1), et d'indiquer en même temps la manière dont nous les appliquerons dans la suite :

POSSESSIO (*dans le sens non juridique*).	POSSESSIO *civilis*.	Possession, avec *bona fides* et *justa causa*, d'une chose susceptible d'usucapion (c'est-à-dire non volée, etc.) (2).	POSSESSIO (*ad interdicta*).
	POSSESSIO NATURALIS.	Toute possession dérivée; toujours dans le cas de gage et d'emphytéose, et quelquefois dans le cas de dépôt et de *precarium* (voyez 2e section). Toute possession originaire avec détention et *animus*, mais sans bonne foi, ou sans *justa causa*, ou s'appliquant à une chose volée, etc. (voyez 2e section).	POSSESSIO (*dans le sens non juridique*).
		Détention par une personne dénuée de droits, ou ayant pour objet une chose *extra commercium* (voyez plus loin dans ce même paragraphe). — par un furieux ou un enfant (2e section). — d'une chose qu'un autre possède encore (§ 11). — par une personne qui n'a que la mission d'exercer la possession d'autrui (2e sect.). — par le locataire, commodataire, usufruitier, etc. (2e sect.). — par celui qui est envoyé en possession, sauf le cas où il y a un *secundum decretum* (2e sect.). — quelquefois dans le cas de dépôt et de *precarium* (2e sect.).	POSSESSIO *naturalis* (*esse in possessione, tenere, corporaliter possidere, non possidere*).

(1) Voyez, plus haut, § 7.

(2) Ces éléments se retrouvent aussi chez le propriétaire, qui n'a aucun

De la notion de la possession, que nous avons maintenant définie d'une manière complète, il suit, comme conséquence immédiate, que certaines choses ne sauraient être possédées et que, d'autre part, certaines personnes sont incapables de posséder. Nous nous bornerons à exposer ici succinctement ces cas, dont l'intérêt pratique n'a guère d'importance, et qui ne nous enseignent rien de nouveau sur la nature de la possession (1).

Tout ce qui n'est pas dans le commerce et que nous savons ne pas y être ne saurait constituer un objet de possession. Non-seu-

besoin de l'usucapion ; sa possession peut-elle être appelée *civilis ?* Elle l'est dans ce sens qu'elle réunit toutes les conditions de la *possessio civilis ;* sous un autre rapport elle ne l'est pas, puisqu'on ne saurait imaginer d'hypothèse où le propriétaire aurait un intérêt quelconque à invoquer une *civilis possessio.* Il a donc bien certainement la possession juridique, c'est-à-dire la possession qui donne droit aux interdits ; aussi sa possession ne saurait jamais être moins avantageuse que la possession de celui qui est en voie d'usucaper. — ZASIUS (*in* L. 3, § *ex pluribus, de poss., p. m.* 103) — et après lui plusieurs autres jurisconsultes, appellent la possession du propriétaire *possessio causalis,* à l'instar de l'*usufructus causalis.* Le terme est assez convenable, pourvu que l'on se garde de comprendre par là un *jus possessionis* particulier et différent de tout autre droit de ce genre : en pratique, il n'y a aucune différence.

(Add. de la 6e édition.) De même, la possession d'un fonds provincial constitue une *civilis possessio,* quoiqu'elle ne donne lieu qu'à la *longi temporis præscriptio* et non pas à l'usucapion. L'impossibilité de l'usucapion dans ce cas ne résulte pas, en effet, d'une disposition législative spéciale, mais de l'absence du *commercium.* Voy., plus haut, §§ 2, 7, p. 5 et 47. C'est donc à tort que THIBAUT me reproche de ne pas avoir de *civilis possessio* à côté de la propriété et de la *longi temporis præscriptio,* par la raison que dans ces deux cas il n'y a pas d'usucapion (*Archiv* XVIII, 330, 332, 341).

(1) C'est ici qu'il faut en parler, et non pas, comme on le fait ordinairement, là où il est question de l'acquisition de la possession : ne pouvoir acquérir de possession et ne pas pouvoir en avoir, sont deux choses bien différentes : un fou n'est incapable que d'acquérir la possession ; un esclave ne saurait en avoir : aussi la possession se perd-elle par la perte de la liberté, mais non pas par la perte de la raison.

lement l'*animus* DOMINI serait ici injuste, ce qu'il est aussi à l'égard de la chose d'autrui, quoique nous puissions fort bien la posséder tout en sachant qu'elle appartient à autrui ; mais de plus ici toute idée d'usucapion ou d'interdits, qui pourraient donner lieu à un droit de possession distinct de la propriété, disparaît complétement.

Voilà pourquoi, en premier lieu, l'homme libre ne pouvait être possédé par celui qui avait connaissance de cet état de liberté (1). Rien ne s'opposait, au contraire, à cette possession lorsqu'on prenait l'homme libre pour un esclave (2). L'affranchissement avait donc inévitablement pour effet d'anéantir la possession (3).

En second lieu, toutes les *res publicæ* et les *res communes* sont également exclues de la possession ; il est impossible d'acquérir la possession d'une telle chose, et toute possession se perd dès que la chose qui en fait l'objet vient à tomber dans l'une de ces catégories. Ainsi la possession d'un fonds de terre se perd lorsque les eaux de la mer ou d'un fleuve viennent, non pas l'inonder temporairement, mais l'occuper d'une manière permanente (4).

En troisième lieu, la possession ne pouvait se concevoir à

(1) « *Item quæro, si vinxero liberum hominem*, ITA UT EUM POSSIDEAM : *an omnia quæ is possidebat, ego possideam per illum? Respondit : si vinxeris hominem liberum, eum te possidere non puto...* » L. 23, § 2, *de poss.*

(2) § 4, I. *per quas personas.* — L. 1, § 6, *de poss.* La *malæ fidei possessio* dont il est ici question vise donc le cas où l'on prend l'eslave pour l'esclave d'un autre, et non celui où l'on sait que c'est un homme libre.

(3) L. 30, § 4. L. 38, pr. *de poss.*

(4) « *Labeo et Nerva responderunt, desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occuparerit.* » L. 3, § 17, *de poss., add. et* L. 30, § 3, *eod.*

l'égard des choses qui, en leur qualité de *res sacræ* ou *religiosæ*, se trouvaient soustraites à toute propriété privée. Ce cas est expressément assimilé à la possession d'un homme libre. Ici aussi tout revenait donc à la question de savoir si le détenteur avait connaissance de la condition spéciale de la chose, et non pas s'il voulait bien respecter cette condition (1).

De même que ces choses ne peuvent être possédées parce qu'elles ne sauraient être l'objet d'un droit de propriété, de même aussi ceux-là sont incapables de posséder, qui ne peuvent être propriétaires. Toutefois il ne faut pas prendre ici le mot *propriété* dans le sens rigoureux du droit civil romain, dans le sens de *justum dominium*, car celui qui ne jouissait pas du droit de cité pouvait cependant sans contredit avoir la possession d'une chose. Il faut donc comprendre dans cette catégorie tous ceux que le droit civil considère comme dépourvus de tout droit, en d'autres termes les enfants sous puissance paternelle et les esclaves.

1. Celui qui est assujetti à la puissance paternelle (*filiusfamilias*) ne saurait être possesseur (2).

Cette proposition résulte évidemment de la règle générale, d'après laquelle le fils de famille ne peut avoir de droits patrimoniaux quelconques. Aussi ne peut-elle s'appliquer au *peculium castrense*, ni au *peculium quasi castrense* (3). Mais comme les

(1) « *Locum religiosum aut sacrum non possumus possidere*, ETSI CONTEMNAMUS *religionem, et pro privato eum teneamus*, SICUT HOMINEM LIBERUM. » L. 30, § 1, *de poss.* (Voyez Appendice, n° 36.)

(2) L. 49, § 1. L. 30, § 3, *de poss.* L. 93, *de reg. jur.* — Lorsque le père est captif, la possession du fils est en suspens : L. 44, § 7, *de usurp.*, et cela est parfaitement conséquent ; mais ce qui paraît singulier, c'est que le *paterfamilias*, qui se croit *filiusfamilias*, peut valablement posséder. (L. 44, § 4, *eod.*)

(3) « *Filiusfamilias*... IN CASTRIS ADQUISITUM *usucapiet.* » L. 4, § 1, *de usurp.*

pécules introduits plus tard ont transformé en règle ce qui n'était ici qu'une exception, le *filiusfamilias* est dès lors devenu capable de posséder, et même, lorsque le père a l'usufruit du pécule adventice, comme cela est ordinairement le cas, c'est le fils qui possède en réalité, et le père ne possède qu'au nom du fils, comme tout usufruitier (1). Quant au pécule profectice, il est vrai que le fils, sous Justinien encore, n'en a ni la propriété ni la possession; mais il en est ainsi de tout administrateur de la propriété d'autrui; dès lors il n'existe réellement plus aucune espèce d'incapacité personnelle du *filiusfamilias* par rapport à la possession.

2. Les *esclaves* sont également incapables de toute possession juridique (2), et cela n'est que naturel, puisqu'ils n'ont aucun droit quelconque. Ce qui est plus extraordinaire, c'est que l'homme libre, qu'un autre possède comme esclave, ne peut avoir de possession (3). Et cependant il peut, dans cette situation, non-seulement conserver, mais même acquérir le droit de propriété (4). Nous rencontrons donc ici une différence remarquable entre l'acquisition de la propriété et celle de la possession (5). Voici le motif de cette différence : pour *avoir* le droit de pro-

(1) *Glossa in* L. 49, § 1, *de poss.*, où cela est dit d'une manière claire et exacte. Voyez aussi, plus bas, notre 2e section.

(2) L. 49, § 1. L. 30, § 3, *de poss.* L. 24, *eod.*

(3) «... *cum possideatur, possidere non videtur.* » L. 118, *de reg. jur.*, cf. L. 1, § 6, *de poss.*

(4) ULPIEN, *fragm.*, tit. 19, § 21; — § 4, I. *per quas pers.* — L. 19. L. 23, § 2. L. 34, § 4, *de adquir. rer. dom.*

(5) Même dans les cas « *ubi* PER POSSESSIONEM *dominium quæritur*, » on ne peut donc pas dire d'une manière générale qu'il y a possession, lorsqu'il y a acquisition de la propriété : et c'est pour cette raison que même là l'acquisition de la propriété et celle de la possession ne se ressemblent complétement que sous le rapport de la forme de l'acte acquisitif (voy., plus haut, § 3, n° 1). WENK, *de traditione*, etc., 21, n'a pas

priété, il suffit de la seule existence de certaines qualités juridiques, que l'on présuppose dans la personne du propriétaire, même alors qu'on n'en aurait pas de connaissance positive, tandis que pour *exercer* le droit de propriété, il faut, avant tout, la faculté de pouvoir agir librement. Voilà pourquoi l'homme libre, possédé comme esclave, ne diffère aucunement de tout autre homme libre sous le rapport de la propriété, tandis que, sous le rapport de la possession, il est assimilé à l'esclave.

Il en est exactement de même des *prisonniers de guerre* (1), et de ceux qui ont perdu leur liberté par suite d'une condamnation pénale, par exemple par la *damnatio in metallum*. Tous deux étaient esclaves quant à leur état personnel, quoiqu'ils n'eussent pas de maître; mais tout cela n'est plus d'aucune importance dans le droit nouveau.

remarqué cette différence bien naturelle entre la capacité personnelle de l'acquéreur et la forme de l'acquisition; aussi me reproche-t-il une inconséquence qui n'existe pas en réalité.

(1) L. 19, *ex quib. causis maj.* — L. 23, § 1, *de poss.* — L. 15, pr. *de usurp.* — Aussi ne peut-il être question ici ni de *postliminium*, ni de la *fictio legis Corneliæ*.—Nous verrons, dans la deuxième section, l'influence que la représentation pourrait avoir sur tout ceci.

ADDITION DE LA SIXIÈME ÉDITION.

On a élevé récemment de nombreuses objections contre les principes que je viens d'exposer sur l'*animus domini*, considéré comme condition normale de la possession, et sur la possession dérivée. Afin de pouvoir les examiner d'une manière plus concise et plus claire, je crois devoir poser d'abord quelques remarques préliminaires, dont le but n'est pas tant de défendre ma manière de voir que de préciser les questions à résoudre et le véritable siége de la difficulté.

Par rapport à l'intention servant de base à la détention, nous avons à distinguer quatre catégories de personnes.

1. Le propriétaire véritable, celui qui se croit tel, le voleur et celui qui s'est emparé violemment d'un immeuble.

2. Celui qui détient à raison d'un *jus in re* : afin d'être plus concis, je ne nommerai ici toujours que l'usufruitier.

3. Celui qui détient en vertu d'un lien contractuel, mais en vue de son propre intérêt : c'est le fermier qui nous servira d'exemple pour cette classe de personnes.

4. Celui qui n'exerce la possession qu'au nom d'un autre : nous nommerons ici le mandataire.

Point de difficulté dans les cas de la première catégorie : nous y trouvons le véritable *animus domini*, et si l'on a voulu récemment en nier la nécessité, personne cependant n'a songé à soutenir qu'il ne fût pas suffisant. Les sources, d'ailleurs, constatent bien clairement l'existence de la possession dans ces différents cas.

La quatrième classe n'est guère plus embarrassante. Dans cette hypothèse, les sources excluent positivement la possession, qui, d'ailleurs, n'aurait aucune raison d'être, puisque le mandataire n'a aucun intérêt personnel à faire valoir, et possède donc *alieno nomine*, dans le sens rigoureux du mot, c'est-à-dire dans l'intérêt d'autrui. Il ne nous reste ainsi que la deuxième et la troisième classe, qui ont cela de commun que le détenteur y agit en vue de son propre intérêt.

Relativement à l'usufruitier, les sources ne nous laissent guère dans le doute : c'est le propriétaire seul qui possède la chose, et sous ce rapport l'usufruitier n'est en quelque sorte qu'un administrateur. Mais il a pourtant une *quasi possessio* particulière que des interdits lui garantissent également. Les interdits de ces deux personnes sont entre eux dans un rapport analogue à celui des actions réelles qui leur compètent. L'interdit accordé à l'usufruitier découle d'une nécessité pratique, car il se peut que l'usufruitier se trouve hors d'état d'invoquer un lien contractuel pour obtenir l'intervention protectrice du propriétaire. L'usufruit, en effet, peut être résulté d'une *longa possessio*, ou bien le droit de propriété peut être passé en d'autres mains par suite d'une aliénation ou d'une usucapion, circonstance qui ne saurait affecter le droit de l'usufruitier. Dans cette hypothèse, l'usufruitier se trouverait à la merci de tout acte de violence si on ne lui accordait un droit personnel à certains interdits. On satisfait par là à toutes les exigences pratiques sans violer le principe : *duo in solidum possidere non possunt*. Et que l'on ne considère pas ce principe comme une intervention arbitraire dans les relations privées. Ce n'est, au contraire, que l'expression de cette idée bien juste qu'une même possession exercée par plusieurs personnes *in solidum* aurait pour effet de produire une

véritable confusion dans les rapports résultant de la possession, et qu'elle ne ferait que compromettre cette sécurité que la loi a eue en vue lorsqu'elle a voulu garantir la possession.

Enfin, quant à la troisième classe (au fermier), les sources sont encore une fois parfaitement claires. Le bailleur a toujours la possession de la chose et les interdits ; le preneur ne les a certainement pas : il n'est à considérer que comme exerçant la possession d'autrui. En fait il n'y a donc entre ce cas et le précédent d'autre différence que l'absence de la *quasi possessio*. Il y aurait eu ici encore moins de motif plausible d'enlever la possession au bailleur, que dans le cas d'un usufruit; quant à une *quasi possessio* du preneur, il n'y a aucune base juridique spéciale à laquelle on pourrait logiquement la rattacher. Il n'y a surtout aucune utilité pratique à recourir à ce moyen, puisque le locataire peut toujours, en vertu de son contrat, invoquer la protection du bailleur. Mais si le bailleur venait à perdre la propriété par suite d'une aliénation ou de l'usucapion, tout droit du preneur sur la chose louée s'évanouirait par là même : dès lors il n'y a plus pour lui de possession à protéger; il n'a plus qu'une action personnelle en dommages-intérêts contre son bailleur, et cette action suffit à couvrir ses intérêts.

Les différents cas exposés ici ne soulèvent aucune controverse, et si nous les considérons dans leur ensemble, nous y trouvons autant de logique au point de vue scientifique que de véritable entente des exigences de la pratique. Tout s'y explique d'une manière claire et facile en prenant pour point de départ l'*animus domini*, et certes, s'il ne se présentait pas d'autres cas, les difficultés que nous allons rencontrer n'auraient jamais été soulevées. La *quasi possessio* que nous avons admise ne contrarie en rien ce point de départ. L'*animus domini* n'y est autre chose que la

volonté du possesseur d'exercer son droit d'usufruit comme lui appartenant, et, par conséquent, de ne reconnaître, sous ce rapport, aucun droit supérieur au sien.

Mais nous rencontrons quatre cas particuliers qui ne s'accordent pas avec notre règle : le bail héréditaire et le gage manuel toujours, le *precarium* et le séquestre dans certains cas seulement (1). D'après cette règle, la possession devrait dans tous ces cas appartenir au propriétaire et nullement au détenteur de la chose. De plus, dans les deux premiers cas, à la différence des deux derniers, la détention devrait se trouver garantie par une *quasi possessio*. Mais en fait, il en est autrement. Dans tous ces cas, c'est le détenteur qui possède, et le propriétaire n'a aucune action possessoire. C'est pour cette raison que j'ai toujours considéré ces cas comme des anomalies, et que je les ai désignés par l'expression commune de possession dérivée. Ce qu'il y a d'irrégulier ici, ce n'est pas tant l'existence d'une vraie possession sans *animus domini*, mais plutôt l'absence de possession dans le chef de celui qui, sans contredit, a cet *animus*. — Il sait que sa propriété ne lui est contestée par personne, et il devrait pouvoir continuer à exercer sa possession par l'intermédiaire du tiers qui le représente, comme il le peut incontestablement dans le cas de bail (2). Je nomme cette possession « dérivée » afin de mieux

(1) Je ne nomme que quatre cas; cependant il y a difficulté même sur ce point, mais un cas de plus ou de moins ne change rien à la solution de la question et de la difficulté en général. Un de mes adversaires (SCHROETER, p. 244) veut aussi attribuer la possession au superficiaire; un autre (BARTELS, p. 200, 205) n'admet pas que l'emphytéote et le séquestre aient la possession de la chose; un troisième (SINTENIS, p. 250) ne reconnaît même aucune existence juridique au séquestre dans le domaine du droit matériel, et le relègue dans le droit purement formel, dans la procédure. (Voyez Appendice, n° 37.)

(2) Ici mes adversaires me paraissent tout à fait inconséquents :

faire remarquer cette déviation si grave des principes ordinaires, déviation qui consiste en ce que la possession est transférée à un tiers par la propre volonté de celui à qui elle devrait revenir de droit. J'appelle cela une translation de la possession. On pourrait croire que j'entends par là une succession dans le sens juridique du mot; mais depuis ma deuxième édition, j'ai toujours prémuni le lecteur contre cette erreur (1).

Or, comment expliquerons-nous ces déviations des principes ordinaires en fait de possession?—Quant au gage et au séquestre, l'explication est bien simple. Leur but, essentiellement pratique, exigeait avant tout que l'on enlevât au propriétaire le droit aux interdits. Il était donc parfaitement naturel de subordonner ici la logique scientifique aux exigences de la pratique, et ce motif nous satisfait complétement. En matière d'emphytéose et de *precarium*, il n'en est pas de même. Quant à l'emphytéote, l'étendue plus grande de ses droits, comparés à ceux de l'usufruitier, n'explique rien. Que fait ici le plus ou le moins, puisque en recourant à une *quasi possessio* on pouvait couvrir tous les intérêts? — Il est encore plus difficile de trouver un motif intrinsèque dans la nature même du *precarium*. Pour tous deux, j'ai tâché d'expliquer la chose historiquement, et je crois que mon explication ne manque pas d'être plausible. Celui qui se refuserait à l'admettre devrait, je pense, se borner à reconnaître ici l'existence d'une anomalie, et renoncer à vouloir l'expliquer.

ceux-là mêmes qui ne considèrent pas l'*animus domini* comme nécessaire pour constituer la possession, le trouvent cependant suffisant là où il se rencontre. Or nous trouvons ici cet *animus domini* sans qu'il y ait possession, et malgré cela ils prétendent qu'il n'y a pas là d'anomalie.

(1) Deuxième édition, p. 111, à la note. — Malgré cette réserve bien expresse, il en est qui considèrent cette erreur comme une partie intégrante de ma théorie.

Jetons maintenant un coup d'œil sur la lutte ardente qui s'est engagée récemment sur cette question.

Roszhirt a le premier repoussé le terme « possession dérivée(1). » Il voit, dans ces quatre cas, des exceptions qu'il est impossible de faire rentrer sous une règle générale, et pour lesquelles on ne saurait donc employer d'expression technique quelconque. Je n'ai guère à discuter avec lui, car je ne le compte pas au nombre de mes adversaires. Il rejette une expression que je continue de trouver juste et convenable; je ne m'arrêterai pas à discuter sur ce point (2).

D'autres s'écartent essentiellement de ma manière de voir en ce qu'ils refusent de reconnaître un caractère exceptionnel aux quatre cas en question : ce ne seraient, selon ces auteurs, que des applications de la règle.

Schrœter soutient, comme moi, la nécessité de l'*animus domini* pour qu'il y ait possession; mais il s'attache à démontrer l'existence de cet *animus* dans ces quatre cas et même dans un cinquième, celui du superficiaire (3). Pour l'emphytéote et le superficiaire, il nous énumère pompeusement tous leurs droits, et les met en opposition avec les droits bien plus restreints de l'usufruitier (pages 237, 244 et 255). Mais je demande encore une fois que fait ici le plus ou le moins; où sera la limite? — Et, de plus, pourquoi toute possession est-elle refusée au vrai propriétaire, auquel cependant Schrœter lui-même ne refuse pas l'*animus domini?* Enfin pourquoi ne pas recourir ici, comme en ma-

(1) ROSZHIRT, *Zu der Lehre vom Besitz, Archiv* vol. 8, n° 1, 1825, p. 9-11.

(2) (Add. de la 7e éd.) Voy. *contra* : ROSZHIRT, *Archiv* XXI (1838), p. 242. (Voy. Appendice, n° 38.)

(3) SCHROETER, *Ueber den abgeleiteten Besitz, Zeitschr. von Linde,* vol. 2, 1829, p. 233-269.

tière d'usufruit, à l'idée si logique et si satisfaisante d'une *quasi possessio?* — Quant au créancier gagiste, l'auteur lui attribue également une possession aussi parfaite que s'il était propriétaire (p. 255 et s.) (1). Mais, sauf le cas incertain et accidentel de l'aliénation, il serait difficile de trouver quelqu'un dont le droit fût moins semblable à celui d'un propriétaire, puisque le créancier gagiste ne peut ni se servir de la chose, ni en percevoir les fruits. — Enfin pour le *precarium,* Schrœter soutient que le propriétaire autorise l'*animus domini,* et que, pour le séquestre, il aurait même donné mandat d'avoir cet *animus* (p. 263, 269). En réalité, cela revient à dire que le propriétaire a transféré son droit de possession à un autre, et l'auteur force singulièrement le sens des mots en soutenant que l'autorisation ou le mandat du propriétaire ont en vue la volonté et non pas des actes, auxquels seuls ils peuvent cependant s'appliquer.

Les autres auteurs sont d'accord pour reconnaître que Schrœter a complétement échoué en essayant de soutenir l'existence d'un véritable *animus domini* dans les quatre cas en question. Ils nient donc l'identité de l'*animus possidendi* et de l'*animus domini;* mais ils cherchent à donner à l'idée de cet *animus possidendi* une étendue telle, qu'il puisse comprendre aussi ces quatre cas.

A cette fin, Warnkœnig procède d'une manière négative en attribuant l'*animus possidendi* à quiconque ne veut pas posséder *alieno nomine* (2). Mais cette expression est si peu précise qu'une explication satisfaisante devient impossible. Si les mots

(1) SINTENIS attaque énergiquement ce passage de SCHROETER, p. 421-435.

(2) WARNKOENIG, *Ueber die richtige Begriffsbestimmung des animus possidendi. Archiv* vol. 13, 1830, p. 169-180.

alieno nomine ne concernent que le but final de la possession, ils ne peuvent s'appliquer qu'au fondé de pouvoirs, puisque le locataire même a en vue son propre intérêt. Si, par contre, ils ne désignent que l'absence d'un droit propre et personnel sur la chose, il faudrait reconnaître que l'usufruitier possède *suo nomine*, et a, par conséquent, une véritable *possessio*. Les mots *alieno nomine* ne peuvent donc avoir d'autre sens que d'exclure celui qui reconnaît à quelque autre un droit supérieur au sien, ce qui est, sans doute, aussi le cas pour l'usufruitier. Mais alors, encore une fois, il ne saurait y avoir de vraie possession dans les quatre cas en question. Pour se soustraire à cette objection, Warnkœnig soutient que dans l'hypothèse du gage, du *precarium* et du séquestre, le propriétaire veut abandonner et transférer la possession (p. 175, 177). C'est tomber tout à fait dans mon système, et cela n'a rien de commun avec une volonté spéciale du détenteur. L'emphytéote, dit Warnkœnig, a certes l'intention d'être quelque chose de plus qu'un simple *colonus* (page 178). Mais cela n'est-il pas parfaitement vrai aussi pour l'usufruitier? Warnkœnig semble comprendre lui-même l'insuffisance de son argumentation, puisqu'il reconnaît que l'absence de possession est plus difficile à expliquer à l'égard de l'usufruitier qu'à l'égard du colon (page 180).

D'après Guyet, l'*animus possidendi* consisterait dans l'intention d'exercer un droit quelconque sur la chose, et il faudrait bien se garder de n'entendre par là que le seul droit de propriété (1). De cette manière il explique sans peine la possession du créancier gagiste et de l'emphytéote. La possession du voleur s'explique

(1) GUYET, *Ueber den animus possidendi*, dissertation, HEIDELBERG, 1829, n° 6, p. 133-160. Et *Noch einige Bemerkungen ueber den animus possidendi. Zeitschrift von Linde*, vol. 4, 1831, p. 361-381.

par l'intention qu'il a de posséder juridiquement, c'est-à-dire d'exercer un droit (Diss., p. 151; si ce n'est pas là un cercle vicieux, je ne sais ce que l'on pourra appeler ainsi). Quant à ce droit, il faut, selon Guyet, qu'il soit immédiat : et voilà comment l'auteur explique que l'emphytéote possède, tandis que le fermier ne possède pas (*Zeitschr.*, p. 373, 380). Serait-ce donc le *jus in re* qui déterminerait la possession? Non, car le droit de l'usufruitier n'est pas plus immédiat que celui du fermier (p. 373); l'un et l'autre ne possèdent pas, parce qu'ils savent qu'ils n'ont pas de droit sur la chose (p. 374); mais comme ils ont cependant très-évidemment un droit, ce qu'on leur refuse ne peut être qu'un droit *relativement à la possession*. Tout le système de Guyet se réduit donc à ceci : L'*animus possidendi* existe ou n'existe pas, selon que l'on a ou que l'on n'a pas l'intention d'exercer un droit de possession; en d'autres termes, l'*animus possidendi* n'est autre chose que l'*animus possidendi*. Voilà ce que nous ne contesterons certes pas. L'auteur semble toutefois avoir peu de confiance dans sa propre découverte, car il lui arrive une fois de dire que l'usufruitier *pourrait* bien aussi avoir la *possessio*, et que, s'il ne l'a pas, cela provient uniquement de la nature temporaire et peu stable de son droit, qu'ainsi toute la différence entre lui et l'emphytéote découle uniquement d'une disposition toute spéciale de la loi (p. 375).

Bartels ramène tout à l'*animus* REM SIBI *habendi* (1). L'usufruitier, selon lui, veut seulement avoir un *jus in re* et non pas la chose elle-même : il ne prétend sur celle-ci qu'à un droit partiel (p. 181, 200). Le gage, au contraire, concerne la chose d'une manière complète et absolue (p. 198).

(1) W. BARTELS. *Zweifel gegen die Theorie vom abgeleiteten Besitz. Zeitschrift von Linde*, vol. 6, 1833, p. 178-214.

Cela n'est cependant vrai qu'à un point de vue très-limité, c'est-à-dire au point de vue d'une aliénation dans un cas tout à fait incertain encore.

Dans une démonstration longue et laborieuse, l'auteur s'attache à expliquer pourquoi l'*animus possidendi* peut se trouver dans le *precarium*. Le rapport purement matériel que crée le *precarium* exclut l'idée d'une possession *alieno nomine* (p. 179, 196). Quant à l'emphytéote et au séquestre, l'auteur simplifie singulièrement la question en leur refusant purement et simplement toute possession (p. 200, 205), et cela par des motifs que personne, je pense, ne trouvera satisfaisants.

Sintenis enfin retombe, sans le dire expressément, dans le système de Roszhirt (1). D'abord et en principe, dit-il, c'est bien, il est vrai, à l'*animus domini* qu'il faut s'attacher; il est cependant aussi quelques cas où il faut reconnaître l'existence d'une véritable possession fondée, non pas sur l'*animus domini*, mais seulement sur un *animus sibi habendi*. C'est d'ailleurs toujours son propre intérêt que le possesseur a en vue (p. 248, 251.) L'auteur semble, de même que Roszhirt, ne considérer ces cas que comme des exceptions isolées; pourquoi, sans cela, ne traiterait-on pas de même l'usufruitier et le fermier, qui ont certainement aussi en vue leur propre intérêt? Il a parfaitement raison, lorsqu'il explique la possession du créancier gagiste par le but tout spécial et les besoins du gage; il la considère donc aussi comme une anomalie, fondée sur les exigences de la pratique (p. 414, 418). Tout chez lui se réduit donc aussi en définitive à une protestation contre l'expression « possession dérivée » (p. 225, 251), protestation à laquelle nous n'avons pas à nous arrêter.

(1) Sintenis, *Beitraege zu der Lehre vom juristischen Besitz. Zeitschrift von Linde*, vol. 7, 1834, p. 223-273, 414-436.

On voit que tous ces auteurs modernes se sont donné beaucoup de peine sans arriver à un résultat, sans même se proposer un but sérieux. Dans cette controverse, Thibaut a entrepris la défense de ma manière de voir(1). L'amour des règles simples et absolues aurait, selon lui, poussé les uns à vouloir trouver un *animus domini* là où il n'est pas; d'autres, au contraire, auraient élargi l'idée de l'*animus tenendi*, afin de pouvoir faire rentrer la possession dérivée dans la règle générale; et il trouve que de cette manière on arriverait à y comprendre tout *animus* quelconque, même celui du fermier et du locataire (Voyez Appendice, n° 39.)

§ 10.

HISTOIRE LITTÉRAIRE DE LA NOTION DE LA POSSESSION.

Après avoir précisé ainsi sous toutes ses faces la notion de la possession, il nous reste seulement encore à dire comment elle a été définie par les jurisconsultes modernes.

Ces définitions (2), qui sont fort nombreuses et ont donné lieu à beaucoup de controverses, n'ont guère d'importance : toute la discussion y roule toujours sur les termes employés, non pas par les jurisconsultes romains, mais par les auteurs de ces définitions elles-mêmes.

Le point capital, ici comme chez les jurisconsultes romains, c'est de déterminer la notion de la *civilis* et de la *naturalis possessio* : c'est sur ce point que nous allons exposer les opinions

(1) *Archiv* vol. 18, p. 327.

(2) Trois des plus anciennes, l'une de BASSIEN et les deux autres d'AZON, se trouvent dans la Glose (sur la loi 1, pr. D. *de poss.*), dans l'ouvrage même d'AZON (*summa in Cod. tit. de poss.*, n°s 1 et 19) et dans ODOFRED, sur la L. 1, D. *de poss.*, p. 52.

principales. Une réfutation spéciale ne sera que rarement nécessaire, car dans la plupart des cas nous ne rencontrons que de simples opinions, sans aucune démonstration exégétique, et le seul exposé que nous avons fait de notre propre manière de voir (§ 7) suffit pour les réfuter.

L'opinion la plus ancienne est celle de Placentin. Nous la trouvons exposée dans ses écrits, et elle est plus rationnelle et plus logique que celles de la plupart des auteurs modernes (1). Il n'y a, dit-il, qu'une seule possesion juridique dont les effets peuvent différer; tantôt elle mène à l'usucapion (*plena*), tantôt elle n'a pas cet effet (*semiplena*). Le droit aux interdits la présuppose toujours. Les éléments dont elle se compose tiennent, d'une part, à un fait (*detentio*), d'autre part, au droit (*animus*). Selon que les premiers éléments seulement, ou les seconds, ou tous les deux réunis se rencontrent, la possession est dite *naturalis*, *civilis* ou *naturalis simul et civilis*. Mais la possession simplement *naturalis* n'est pas une véritable possession dans le sens juridique; on l'oppose même à cette dernière, parce que le droit romain ne considère pas comme possession la simple détention d'une chose

(1) *Placentini summa in Cod. tit. de poss.* (p. 332-333 *ed. Mogunt.*, 1536, f°). « *Possessio distinguitur ita, alia* CIVILIS TANTUM, *alia* CIVILIS ET NATURALIS... *alia* PROPRIE ET PLENE, *ut ea quæ proficit ad usucapionem, alia* IMPROPRIE ET SEMIPLENE.—*Hæc quoque profecto* NATURALIS POSSESSIO *in jure nostro non recte dicitur* ABSOLUTE POSSESSIO, SED EST OPPOSITIO IN ADJECTO. — *Fieri enim potest, ut quis possideat et civiliter* ET NATURALITER, *et civiliter* SOLUMMODO. *Ut autem quis possideat* TANTUM NATURALITER, *legibus subtiliter inspectis et ad vivum consideratis* (*ut reor*) *esse non potest.* — *Nam et fur, et prædo, et invasor et* NATURALITER *possidet et* CIVILITER... *nam et colono interversori datur interdictum unde vi,* QUOD PROFECTO EI NON COMPETERET, NISI... POSSIDERET. CIVILITER SOLUMMODO *quis possidet, puta saltus quos nullus alius detinet.—Quippe possessio* NONNISI UNA EST, *licet diversis modis* HABEATUR, *bonæ fidei, malæ fidei, juste, injuste,* NATURALITER, CIVILITER. »

sans *animus*. Il en est autrement de la *civilis possessio*, puisque dans beaucoup de cas la possession peut se conserver *solo animo*. — Toute cette théorie ne manque certes pas de fondement; la terminologie n'est inexacte que parce que la distinction entre *possessio* NATURALIS et CIVILIS est rattachée seulement aux éléments, juridiques ou non, qui constituent la possession, et non pas aux effets de la possession (1). L'application aux cas spéciaux est moins bien réussie que la définition des notions générales.

Azon adopte en général la même manière de voir (2), seulement il n'admet pas de possession qui soit à la fois *civilis* et *naturalis*; il n'emploie le mot *civilis* que là où l'existence de la possession repose sur une simple fiction, *ubi solo animo retinetur possessio* (3). On remarque aussi plus clairement dans Azon que c'est la L. 10, C. *de poss.* qui a donné lieu à ce système; on a confondu l'opposition que signale cette loi (4) avec celle qui existe entre la possession de fait et la possession simplement juridique ou fictive, et cette dernière à son tour avec la *possessio*

(1) Voyez nos §§ 5, 7 et 9.

(2) *Summa in Cod. tit. de poss.*, nos 4 et 14 (fol. 134, 135, éd. 1537, f°) et *lectura in Cod.*, in L. 10, C. *de poss.* (p. 569, éd. 1577, f°).

(3) La même opinion se trouve dans une Glose inédite de ROGERIUS sur la L. 3, § 5, *de poss.* (manuscrit du *Dig. nov.* à METZ) : « *Sicuti ergo duo juste vel injuste naturaliter possidere non possunt in solidum, ita non potest esse ut corporaliter in totum unus juste, alter injuste possideat.* EX CIVILI AUTEM ID EST FICTA POSSESSIONE *et juste duos et injuste utrumque et unum juste et alterum injuste in solidum possidere continget, velut in re pignorata aut in emphyteosim inve feodum data si vel ambo bona vel uterque mala vel unus mala alter vero bona fide possideat. R.* »

(4) *Nemo ambigit possessionis* DUPLICEM ESSE RATIONEM : « *aliam quæ* JURE CONSISTIT » (c'est-à-dire *possessio* CIVILIS qui n'existe que par suite d'une fiction juridique) « *aliam quæ* CORPORE » (*possessio* NATURALIS, basée sur une détention matérielle). Le vrai sens de ce passage sera expliqué au § 12.

CIVILIS et NATURALIS. — Ce système semble avoir dominé pendant longtemps (1). Il se retrouve encore dans les écrits d'Alciat et de Duarein (2), quoique dans l'un et l'autre il ne soit pas suffisamment distingué de l'autre opinion (voyez plus pas). Merillius, qui adopte la même théorie, la rattache à une question que nous verrons plus loin (3). Lorsque la fiction sur laquelle se basait la possession était telle, que le terme *possessio* CIVILIS paraissait insuffisant, on se servait souvent, depuis Baldus, de l'expression *possessio* CIVILISSIMA (4).

Un autre système, qui paraît tout aussi ancien, rend mieux la manière de voir des jurisconsultes romains, en rattachant toute la distinction entre *possessio civilis* et *possessio naturalis* aux effets juridiques de la possession. La *civilis possessio* est alors ce genre de possession que le droit romain sanctionne sous un rapport quelconque, et qu'il préfère ainsi à la *possessio naturalis*. Ce

(1) A. FABER, *de error. pragm. IV*, 9; MENOCH, *de retinenda poss., remed.* 3, nos 18 et 22 *sqq.* Dans MENOCH, cette opinion n'est pas expressément développée, mais plutôt tacitement présupposée, et il en était probablement de même chez les nombreux anciens praticiens que l'on y trouve cités.

(2) ALCIATUS, *in* L. 115, *de verb. sign.* (*opp.*, t. 2, *p. m.* 987, et *in* L. 1, pr. *de poss.* (*opp.*, t. 1, *p. m.* 1197).—DUARENUS, *in Disp. anniv.*, lib. 1, c. 18 (p. 1385, éd. 1584, f°) : « *Civiliter vero* (*possidet*), *qui quamvis rei non insistat, civilis* JURIS INTERPRETATIONE, *eam tenere ac* POSSIDERE INTELLIGITUR. » Cf. *comm.* 1, *in tit. de poss.*, cap. 1 et 4 (*ibid.*, p. 816, 817, 818) et *comm.* 2, *in tit. de poss. ad* L. 1, pr. (*ibid.*, p. 820). La L. 10, C. *de poss.*, y est expressément citée, et, de plus aussi, THÉOPHILE (*in* § 5, *I. de interdictis*) dont le passage ne peut avoir déterminé cette opinion, puisqu'on ne le connaissait pas encore lorsqu'elle prit naissance. Voy., sur ce passage, FERRETTUS, *in* L. 10, *de poss.* (*in opp.*, t. 1, p. 611).—La même interprétation se trouve dans DAVY D'ARGENTÉ, *notarum juris select. liber.* Paris, 1615, 4°, fol. 7.

(3) *Merilli observ.*, lib. 2, c. 31, 32. — Voy., plus bas, § 11.

(4) TIRAQUELLUS, *in tract.* « le mort saisit le vif » *P.* 1, *declar.* 7, n° 3.

système se trouve dans J. Bassien, qui était contemporain de Placentin et d'Azon, et qui fut le maître (*dominus*) de ce dernier.

Tous les jurisconsultes modernes adoptent ce système des glossateurs, chez lesquels nous le trouvons en premier lieu. Mais ils se sont divisés en trois fractions principales qu'il importe de distinguer soigneusement.

La première de ces trois fractions, qui se rapproche le plus de la vérité, ne considère comme *possessio* CIVILIS que celle qui réunit en elle tous les effets de la possession en général. Cela comprend donc la possession du propriétaire lui-même, ainsi que celle qui mène à l'usucapion. La *possessio* NATURALIS au contraire est, dans ce système, celle à laquelle il manque quelque chose, c'est-à-dire celle qui donne droit aux interdits, mais qui ne saurait produire l'usucapion. On distingue de l'une et de l'autre la simple détention, qui n'a aucun caractère juridique : *tenere, esse in possessione*, etc. — Ce qu'il faut d'abord approuver dans ce système, c'est qu'il définit en général d'une manière exacte la notion de la *possessio* CIVILIS (1). Un autre avantage plus important résulte de l'idée de la possession juridique mise en opposition avec la simple détention, opposition aussi juste en elle-même que bien exprimée. Voilà pourquoi les écrits auxquels cette distinction sert de base sont d'un usage plus sûr que tous les autres. Le seul défaut de cette théorie (les erreurs d'application ne doivent pas nous occuper ici), c'est le sens inexact que

(1) En général, disons-nous ; car on ne s'y tient pas d'une manière rigoureuse. Ainsi souvent on rattache l'expression de *possessio civilis* à la seule *justa causa* en matière d'usucapion, et l'on se sert de cette expression là aussi où, pour d'autres motifs, par exemple, à cause de la *mala fides*, il ne saurait y avoir d'usucapion (BARTOLUS, *in* L. 1, pr. *de poss.*, n° 8). Le manque de précision découle nécessairement de ce que l'on n'a pas consulté le langage usuel pour expliquer les mots *possessio civilis*.

l'on y donne aux mots *possessio* NATURALIS. — Nous devons ici nommer principalement les auteurs suivants :

JOANNES BASSIANUS.

ODOFREDUS, *in* L. 3, § 5, *de poss.* (*fol.* 56) *in* L. 12 pr. *eod.* (*fol.* 58) et *in* L. 3, pr. *uti possidetis* (*fol.* 101).

CUJAS, *in observ.* lib. 9, c. 33 (1569).

GEORG. OBRECHT, *de possessione* ch. 3, 5 (p. 524 *Disp. collect. Ursell.* 1603, 4).

SCIPIO GENTILIS, *de donat. inter vir. et uxor.* lib. 2, c. 30 (*opp.*, t. 4, p. 297).

VALENTIA, *in illustr. jur. tract.* lib. 1, tract. 2, c. 3.

RAMOS, *in tit. Dig. de possessione*, P. 1, §§ 18, 19 (*ap.* MEERMANN, T. 7, p. 82 (1).

RETES, *in tit. Dig. de possessione*, P. 1, ch. 2 (*ap.* MEERMANN, T. 7, 458).

POTHIER, *Pandectæ Justin.* lib. 41, tit. 2, p. 111, — et *Traité de la possession*, chap. 1, art. 2, p. 8, 17.

Nous ne connaissons, en quelque sorte, l'opinion de Bassien que par les extraits inexacts et incomplets d'Accurse, chez lequel nous trouvons pêle-mêle toutes les opinions les plus divergentes, quoiqu'il préfère celle de Bassien à toutes les autres.

(1) Quoiqu'il présente cette opinion comme étant la sienne, il s'en écarte cependant un peu aux §§ 21 et 29, lorsqu'il dit que l'on pourrait échapper aux contradictions des sources elles-mêmes et des auteurs, en admettant, à côté de cette *possessio naturalis*, un autre genre de possession naturelle, la simple détention, et là il est dans le vrai. Mais il gâte de nouveau son système et le rend obscur en ajoutant qu'il existe même une troisième espèce de possession naturelle, différente des deux autres, une possession *qualenus ei corpore insistitur*, et qui est autre chose que la *possessio quæ animo retinetur*. En cela il revient au système d'AZON et de PLACENTIN.

Mais celle-ci nous est suffisamment révélée par les applications qui en sont faites dans divers cas spéciaux (1). La *possessio* CIVILIS n'est attribuée qu'au propriétaire véritable et à celui au profit de qui court l'usucapion. L'emphytéote, l'usufruitier, le vassal ont une *possessio* NATURALIS ainsi que le *prædo* qui, sans titre aucun, s'empare de la possession d'autrui. Le fermier n'a pas de possession du tout, mais une simple détention. Cela nous explique la controverse qui surgit entre Bassien d'une part, Placentin et Azon d'autre part (2), sur le point de savoir si la *possessio* CIVILIS et la *possessio* NATURALIS sont deux espèces différentes de possession, ou s'il n'y a qu'une seule espèce de possession. La première opinion devait être celle de Bassien, l'autre celle de Placentin et d'Azon, car c'est Bassien qui, à la différence de ces deux derniers auteurs, avait rattaché toute cette distinction à différents droits de la possession. — L'histoire ultérieure du système de Bassien est très-remarquable. Bartolus y a d'abord apporté une modification, insignifiante en apparence, mais qui est devenue la source d'une erreur très-grave (3). Il a probablement trouvé inconvenant d'attribuer au *prædo* une possession naturelle

(1) *Glossa in* L. 1, § 3, *de poss.* : « *Non ergo omnis detentatio est possessio, sed triplex est : nam alia* CIVILIS, *alia* NATURALIS, IN QUARUM UTRAQUE QUÆRENDA DUO EXIGUNTUR » (savoir *factum* et *animus* : qui seuls constituent donc une possession juridique) : « *alia* DETENTATIO ; UT HIC : QUALEM ETIAM HABET COLONUS. » — *Glossa in* L. 3, § 5, *de poss.* Ce passage renferme toutes les applications dont il est ici fait usage, et les attribue expressément à BASSIEN.

(2) *Glossa in* L. 1, *de poss.* : « ... *non duæ sunt* (*possessiones*) *sed* UNA *secundum Placentinum et Azonem. At Joannes et alii dicunt* DUAS *esse... quod est tutius.* » — *Azo in lectura in* L. 10, C., *de possessione* : « *Et est hoc notandum, quod quidam dicunt, et* DOMINUS MEUS DIXIT *quandoque, quod* DIVERSÆ SUNT POSSESSIONES, *sc. civilis et naturalis,* SED CONTRA EST. » — ODOFRED, *in* L. 1, *de poss.* (f. 52) *et in* L. 4, C. *eod.* (f. 105, 106).

(3) BARTOLUS, *in Digestum novum*, L. 1, pr. *de poss.*, nos 7-13. Les détails

tout à fait semblable à celle du vassal et d'autres gens honnêtes; c'est pourquoi, à côté de la *possessio* CIVILIS NATURALIS, il admit une troisième espèce de possession véritable, distincte de la simple détention, possession qu'il appela CORPORALIS et qu'il attribua au seul *prædo*. Il rattacha la *possessio civilis* à la propriété; c'est la *justa adquisitionis causa* qui sert de fondement à cette possession. La *possessio* NATURALIS se rattache de la même manière aux *jura in re*, et enfin la *possessio* CORPORALIS est, selon lui, celle qui ne se base sur aucun titre légal. Mais en s'attachant ainsi à rechercher l'existence et la qualité du droit qui sert de base à la possession, ce système s'écarte plus que tous les autres du véritable point de vue auquel il faut envisager cette matière. — Cujas, qui avait d'abord exposé, mieux peut-être que tous les autres, la doctrine de Bassien (1), adopta plus tard l'interprétation de Bartolus, mais avec une nouvelle modification qui porta l'erreur à son comble (2). Il prétendit en effet,

dans lesquels il entre, et surtout la manière même dont il entre en matière, prouvent évidemment qu'il veut établir quelque chose de nouveau : « *Adverte ergo ad me. Mihi videtur, quod antiqui et moderni doctores nullum deviarunt a mente juris in hac materia.* »

(1) Voyez, plus haut, p. 123.

(2) *Cujacii observ.*, lib. 27, c. 7 (1585). – *Ej. notæ posteriores in Instit.* § 4, *per quas personas* (1585). — « *Est* CIVILIS *possessio, est* NATURALIS, *est* CORPORALIS : *civilis, naturalis* JUSTA *est : corporalis* INJUSTA : *hanc pupillus sine tutore amittit, non civilem, non naturalem.* » — *Ej. recit. in* L. 1, pr. *de poss.* (1588) *in opp. ed. Neap.* 1722, t. 8, p. 239 : « *Civilis est quæ jure vel animo* DOMINI *possidetur... Naturalis tantum ea est, quæ* ALIO JURE *apprehensa est quam* DOMINII, *veluti jure pignoris vel jure ususfructus. Eam quæ* NULLO JURE *impudenter a prædone* NULLUM JUS, NULLUM TITULUM ADFINGENTE, *et prætexente sibi, possidetur, jus* NON NOVIT, NON SPECTAT. *Plerumque prædo omnis et pervasor alienæ possessionis sibi fingit titulum aliquem... at si quis sit, qui nullum sibi titulum adfingat,* EJUS POSSESSIONEM NON SPECTANT. » — *Ej. Scholia s. Comment. in Institutiones,* § 4, *per quas personas, in opp.*, t. 8, p. 960.

à la différence de Bartolus, que la *possessio* CORPORALIS n'avait en droit romain aucune existence juridique, et ne pouvait devenir la source de droits quelconques. Toutefois, comme il est impossible de nier que le *prædo* lui-même ne puisse invoquer les interdits, Cujas veut expliquer cela en disant qu'ordinairement un tel possesseur illégitime prétend baser sa possession sur quelque motif légal, que ce n'est pas alors sa possession, mais ce prétendu motif légal qui devient la source des interdits, et que, sans ce prétexte, il n'aurait guère d'interdits à invoquer. Il serait difficile d'imaginer, en fait de possession, une doctrine plus en opposition avec le droit romain.

La seconde école simplifie bien davantage toute la distinction. Ici, la *possessio* CIVILIS, que l'on appelle aussi purement et simplement *possessio*, et qui sert de fondement à l'usucapion, est mise en opposition seulement avec la *possessio* NATURALIS (*esse in possessione, non possidere*). Celle-ci comprend dès lors tous les autres cas, sans distinguer s'il s'agit ou non d'une véritable *possessio* donnant droit aux interdits. — Dans ce système aussi, la *possessio* CIVILIS est donc bien définie; mais c'est une erreur grave de ne pas distinguer la *possessio ad interdicta* de la simple détention. Voilà pourquoi la véritable notion de la possession juridique fait ici complétement défaut (1). Les principaux auteurs de cette école sont les suivants :

FERRETUS, *in* L. 1 *pr. de poss.*, *num.* 11 à 13 (*opp.*, t. 1, p. 519, 520) et *in* L. 12 *de poss.*, *num.* 31, 32 (*ibid.*, p. 611).

BRISSONIUS, *de verb. sign.*, *v°* *Civilis*, *num.* 3; *v°* *Possessio*, n^os^ 3, 4, *v°* *Justus*.

(1) Voyez notre § 7, n° 5.

MURETUS, *in epistolis*, lib. 3, ep. 81 (*opp. ed. Ruhnken*, vol. 1, p. 643).

GALVANUS, *de usufructu*, cap. 33, §§ 10-12. Ici de nouvelles distinctions viennent combler la lacune que ce système laissait dans la terminologie romaine.

VINNIUS, *in select. Quæst.* lib. 2, c. 36. Son ouvrage vaut mieux que ceux des autres adhérents de cette école.

DOMAT, *Lois civiles*, partie 1, liv. 3, tit. 7, préambule.

WESTPHAL, *Ueber die Arten der Sachen*, etc. T. 2, cap. 2, §§ 52-64.

HOFACKER, *in princ. jur. Rom.* t. 2, §§ 759-760. — Il déclare lui-même qu'il a principalement suivi GALVANUS.

MALBLANC, *princ. jur. Rom.*, p. 1, § 191.

Il nous reste à parler de la troisième école, qui nomme *possessio civilis* toute possession juridique quelconque, peu importe qu'elle donne lieu à l'usucapion ou seulement aux interdits. A cette possession juridique on oppose la simple détention (*possessio* NATURALIS, ESSE IN POSSESSIONE, NON POSSIDERE). C'est dans la notion tout à fait inexacte de la *possessio* CIVILIS que gît l'erreur particulière de ce système; et, comme suite nécessaire de cette erreur, les partisans de cette école ne sauraient rester fidèles à la notion première de la possession juridique, quoique ce soit là le point essentiel (1), et qu'ils prennent eux-mêmes cette notion pour point de départ. En effet, nulle part les jurisconsultes romains ne sont plus clairs que lorsqu'ils nient l'existence de la *possessio* CIVILIS dans certains cas, notamment dans la donation entre époux. Dès lors il ne saurait être question de possession

(1) Voyez, plus haut, page 74.

juridique dans ces cas, et ce système est ainsi, dans son application, plus fautif que tous les autres. Il est évident aussi que parmi les trois modifications que nous venons de signaler dans ce système des glossateurs, d'après lequel les effets juridiques de la possession déterminent l'existence de la *possessio* CIVILIS, aucune ne s'adapte mieux que cette troisième à la doctrine exposée en premier lieu, doctrine d'après laquelle *possessio* CIVILIS signifie une possession qui n'existe qu'en vertu d'une fiction juridique (1). En effet, on arrive à ce résultat par ce raisonnement très-simple, mais tout aussi faux qu'il est grave dans ses conséquences pratiques : là où la *possessio* CIVILIS est impossible, il ne saurait non plus y avoir de possession en vertu d'une fiction juridique. Aussi trouvons-nous ordinairement ces deux systèmes confondus chez les auteurs plus anciens (2), et plusieurs d'entre eux peuvent être arbitrairement rangés dans l'une ou dans l'autre école. Nous devons ici nommer spécialement :

MARTINUS GOSIA, dont l'opinion se trouve exposée dans une Glose anonyme et inédite sur le titre du Code *de possesione* (manuscrit de Paris, 1517) : « *Duplex ratio* « *possessionis est secundum M., alia pro suo, quæ civilis* « *est, alia pro non suo, quæ naturalis. Pro suo civilis* « *juris est, quæ animo et corpore acquiritur, quandoque* « *suo, quandoque alieno, ut in re peculiari et per quem-* « *libet alium. Retinetur autem quandoque animo solo,* « *quandoque animo et corpore suo, aut alieno. Quæcun-* « *que copore retinetur alieno, pro non suo est quantum* « *ad eum qui detinet, quæ dicitur naturalis et est facti* « *ut colonaria.* »

(1) Voyez pages 119 et suiv.
(2) Voyez page 121.

ZASIUS, *in* L. 3, § 5, *de poss.* (*opp. ed. Francof.*, 1590, t. 3, p. 111).

VACONIUS A VACUNA, *in declarat.*, L. 2, *decl.* 68-71 (*fol.* 63-68, *ed. rom.*, 1556, 4°). Il compare la *possessio* CIVILIS à l'imagination et la *possessio* NATURALIS aux sens, et il développe cette comparaison avec beaucoup de patience.

CORASIUS, *in tit. de poss.* (*opp. editio Forster, Viteb.* 1603 f°, t. 1, p. 921, 922).

CONTIUS, *in disput.* lib. 1, c. 9.

CHARONDAS, *in verisimil.* lib. 1, c. 6 (dans *Otto*, vol. 1, p. 699).

FRIDERUS MINDANUS, *de materia possessionis*, c. 1, num. 16-20.

TURAMINUS, *de subst. poss.*, ch. 8, *opp.*, p. 289-299.

OROZ, *de apicibus jur. civ.* lib. 4, c. 2, §§ 8-9.

CUPERUS, *de natura possessionis*, P. 1, ch. 3-4, p. 24, 48.

FLECK, *in tit. Pand. de poss.*, p. 9, 15.

THIBAUT, *Ueber Besitz*, § 11 (1).

Cette énumération prouve que l'opinion de Cuperus n'est rien moins que neuve, quoiqu'il semble la considérer comme telle. Jamais cette opinion, ni aucune autre, n'a été défendue avant lui d'une manière plus complète ni avec plus de talent; en exposant d'une manière aussi complète l'une des erreurs auxquelles prête cette matière, il s'est acquis un grand mérite. Son excellente interprétation de la L. 10, C. *de poss.* a encore plus d'importance. Elle écarte aussi toute possibilité d'une autre erreur (2). L'excellence de son travail, et l'adhésion unanime qu'il a rencontrée, m'obligent à ajouter quelques observations spéciales à

(1) Dans ses annotations à son édition de CUPERUS, il a abandonné cette opinion. Mais dans les *Civilistische Abhandlungen*, p. 339, 340, il paraît de nouveau incliner vers sa première manière de voir.

(2) Voyez, plus haut, pages 119 et suiv.

la réfutation générale qui résulte déjà de la démonstration de ma propre doctrine. — Pour établir l'opposition entre *possessio* CIVILIS et *possessio* NATURALIS, Cuperus adopte une méthode qui influe d'une manière décisive sur le résultat de tout son travail. Il part de l'idée de la *possessio* NATURALIS, d'une notion négative par conséquent; il montre qu'il faut entendre par là la possession non juridique, et considère ensuite la *possessio* CIVILIS comme l'antithèse de cette *possessio* NATURALIS, en d'autres termes, comme possession juridique en général. De cette manière, le caractère spécial de la *possessio* CIVILIS, son rapport avec le *jus civile*, devait nécessairement lui échapper; et il est étonnant que lui, qui avait une connaissance si profonde du droit romain, ne se soit pas rappelé la valeur spéciale qu'avait, en droit romain, l'expression *jus civile*. Il va sans dire, qu'il ne s'arrête pas à étayer par des preuves directes l'interprétation qu'il donne de la *possessio* CIVILIS; il se borne à citer, comme des exemples connus déjà, deux cas d'application, qui suffisent à eux seuls pour réfuter tout son système, la COGNATIO *civilis* et la BONORUM *appellatio civilis*. La base de son système étant ainsi fausse, il est clair que les applications principales qu'il en fait ne sauraient se trouver en harmonie avec le droit romain. Admettons en effet que *possessio* CIVILIS désigne la possession juridique : cela ne peut signifier qu'une chose, à savoir que la *possessio* CIVILIS a des effets juridiques que n'a pas la *possessio* NATURALIS. Or, quels sont ces effets, d'après Cuperus? Ce n'est pas seulement l'usucapion, mais, entre autres aussi, l'usage des interdits. Mais il se trouve que les Pandectes, en parlant de l'un des interdits, disent expressément qu'il peut s'invoquer aussi en dehors des cas de *possessio* CIVILIS (1); dès lors quelques interdits seulement sont spéciale-

(1) L. 1, § 9, *de vi.*

ment propres à la possession juridique, et la théorie sur ce point doit s'exprimer de la manière suivante. La possession est dite juridique, ou *civilis*, lorsqu'elle produit soit l'usucapion, soit du moins les interdits *uti possidetis* et *utrubi*; elle est non juridique, ou *naturalis*, lorsqu'elle n'a aucun de ces effets, quoiqu'elle puisse en avoir d'autres, notamment l'interdit *unde vi*. L'erreur de cette distinction pratique entre les divers interdits ne pourra être démontrée que plus loin, lorsque nous parlerons des interdits eux-mêmes; mais comme il est impossible de dire pour quel motif l'interdit *de vi* serait moins juridique que les autres, on comprend dès à présent combien est illogique et arbitraire la terminologie que l'on veut ici attribuer aux jurisconsultes romains. Il serait même difficile de s'expliquer l'éloge pompeux que Cuperus fait de la jurisprudence romaine à la fin de la première partie de son ouvrage, si cet éloge n'avait été de commande dans tous les écrits élégants de l'époque. Enfin nous avons déjà fait observer que, dans ce système, l'interprétation des passages les plus décisifs du droit romain en cette matière ne pouvait manquer d'échouer (1). C'est à tel point que Cuperus, dont le talent d'interprétation ne saurait d'ailleurs être méconnu, se voit obligé de supposer que le jurisconsulte Paul s'est contredit (2), lorsque la simplicité de ces notions, et l'absence totale de toute controverse à ce sujet entre les diverses écoles, écartent nécessairement toute idée d'une telle contradiction.

Comme aucun des ces systèmes ne put réussir à obtenir l'approbation universelle, plusieurs crurent mieux saisir la vérité en adoptant toutes les opinions à la fois (3). De cette manière, on

(1) Voyez notre § 7, n° 1.
(2) L. 1, § 4, *de poss.* et L. 23, pr. *de don. inter vir. et uxor.*
(3) C'est ce que nous trouvons, avec des variantes du reste, dans les

était sûr de n'être condamné par personne d'une manière absolue, et afin de dissimuler la discordance des opinions paisiblement juxtaposées ainsi, on avait soin de les rattacher l'une à l'autre par toutes sortes d'expressions (1), ensuite on admettait fort tranquillement que telle était aussi la manière de voir des jurisconsultes romains.

Dans tout cet exposé, je n'ai pas nommé l'auteur qui, seul, a évité les erreurs habituelles. Dans Doneau, en effet, nous ne trouvons aucune de ces erreurs de terminologie, aussi ne saurions-nous le ranger dans aucune des écoles indiquées. Mais il ne traite de la possession que dans son système général du droit romain; il n'entrait donc pas dans son plan de déduire logiquement les termes dont il se sert, ni de les défendre contre d'autres auteurs, ce qui seul eût permis de les apprécier d'une manière parfaitement précise et certaine. Comme, de plus, l'idée qu'il se fait de la possession est restée sans application dans l'ensemble de son système, on sera d'autant moins surpris qu'on n'ait accordé aucune attention à la terminologie adoptée par lui.

écrits suivants : FACHINEI, *controv.* lib. 8, c. 5 : MERENDÆ, *controv.* lib. 12, c. 15 (t. 2, éd. Bruxelles, 1745); THOMASII, *notæ in Digest.* (*Halæ*, 1713, 4), lib. 41, tit. 2 (p. 311); OPPENRITTER, *summa possessionis*, p. 1, c. 2, §§ 8, 24; GLUECK, *Commentar ueber die Pandekten*, t. 2, § 180; SPANGENBERG, *Vom Besitz*, §§ 115-118. Tout spécialement ZACHARIÆ, *Besitz und Verjaehrung*, p. 6 et suiv. — Une trace de ce système se trouve déjà chez les glossateurs, dans une glose inédite de PILLIUS sur la L. 38, § 7, *de verb. oblig.* (*Ms. Paris*, n° 4487, *a*) « *Civiliter possidere dicitur multis modis : dicitur enim possidere quis civiliter, id est animo : dicitur possidere civiliter id est juste : dicitur etiam possidere civiliter, id est de jure civili, et hoc ad personas refertur ut hic...*

(1) Par exemple, le sens le plus large, sens large, restreint, le plus restreint, *a forma*, *a modo*, et ainsi de suite.

ADDITION DE LA SIXIÈME ÉDITION.

Depuis ma cinquième édition, on a de nouveau défendu avec beaucoup d'ardeur la dernière des opinions que nous venons de réfuter, celle de Cuperus : voici comment. Depuis plusieurs années déjà, l'on faisait circuler le bruit que M. le professeur Erb, à Heidelberg, avait sur la *civilis possessio* une nouvelle interprétation qui renversait complétement la mienne. Des fragments de cette découverte avaient été publiés dans différents écrits (1), mais il était toujours encore impossible d'en saisir l'ensemble. Thibaut l'avait annoncée plusieurs fois ; cependant, dans la septième édition de son *Traité des Pandectes*, il enseigna encore ma manière de voir (2). Toutefois dans son cours universitaire il adopta la nouvelle explication, et lorsque ce cours fut publié, l'exposé complet de ce système fut enfin révélé au monde savant (3). Dans la huitième édition de ses Pandectes, il remplaça complétement l'ancien (4), et l'auteur en fit de plus l'objet d'une dissertation spéciale, où il est exposé et développé avec soin (5).

Mais, déjà à l'époque où l'on ne connaissait que des fragments

(1) GANS, *Scholien zum Gaius*, p. 260. JOHANNSEN, *Begriffsbestimmungen aus dem Gebiete des Civilrechts ; Heidelberg*, 1831.

(2) § 296 (1828), dans la note *r*, il annonce de nouveau l'explication de M. ERB.

(3) BRAUN, *Erœrterungen in Zusœtzen zu Thibaut*. Stuttgart, 1831, p. 294.

(4) § 209 (1834).

(5) THIBAUT, *Ueber possessio civilis*, *Archiv für civil. praxis*, v. 18, p. 315-364 (1835).

de cette nouvelle interprétation, mon opinion trouva un défenseur, dont le travail savant et consciencieux a mérité les éloges mêmes de notre commun antagoniste (1).

Voici maintenant ce nouveau système (2). *Civilis possessio* signifie la même chose que *possessio* purement et simplement, ou possession juridique. C'est ce genre de possession qui donne droit aux interdits. La raison de la dénomination *civilis possessio* est que les interdits aussi sont des créations du droit privé, et que, par conséquent, ils appartiennent au *jus civile*. Toutefois il ne faut pas croire que tous les interdits présupposent la possession civile; cela n'est, au contraire, vrai que pour les interdits *retinendæ possessionis*, car l'interdit *de vi* est applicable aussi dans le cas de simple possession naturelle. Il faut dès lors « que « la définition vienne au secours de la notion, et que l'on ap- « pelle *possessores* dans le sens strict ceux qui, en détenant une « chose, peuvent invoquer *tous* les *remedia possessoria;* de cette « manière, on n'écarte pas la possibilité d'une exception pour « celui qui n'a que la possession naturelle (p. 362). »

Mon opinion et les preuves sur lesquelles je l'appuie ont été exposées dans le § 7. J'y ai déjà ajouté quelques développements dans les notes; d'autres se trouvent dans l'excellent écrit de Thon. Je n'ai rien à ajouter ici touchant l'explication de quelques passages; j'abandonne au lecteur le soin de trancher la controverse entre mes adversaires et moi, et je n'ajouterai que quelques observations générales.

D'abord je ne puis m'expliquer comment ce système a pu être

(1) THON, *Ueber civilis* und *naturalis possessio*, *Rhein. Mus.* v. 4, p. 95-141 (1830). Comp. THIBAUT, p. 352.

(2) THIBAUT, p. 331, 332, 337, 362.

considéré comme une création d'Erb. Il concorde tellement, dans ses points essentiels, avec celui de Cuperus, que tout ce que j'ai dit il y a trente-trois ans dans le présent chapitre pour réfuter Cuperus, peut aussi s'appliquer littéralement à ce système.

De plus, d'après Thibaut, la possession qui donne droit aux interdits s'appellerait *possessio civilis* par la raison que les interdits appartiennent au droit civil ou positif (p. 331). Mais l'interdit *de vi* est-il donc sous un rapport quelconque moins civil ou moins positif que l'interdit *uti possidetis*? Et cependant cet interdit trouve aussi son application en dehors des cas de *civilis possessio*! Je ne répondrai pas à ceux qui, pour se consoler de cette inconséquence flagrante, m'objecteront qu'il n'y a point de règle sans exception.

Le point essentiel d'ailleurs, ici comme chez Cuperus, ce n'est pas tant la fausse terminologie que la conséquence pratique, tout à fait inévitable, d'après laquelle le locataire ou le fermier devrait avoir l'interdit *de vi*. On en donne une raison générale (p. 361 et 362) qui peut, comme on va le voir, s'invoquer en sens contraire d'une manière bien plus convaincante. L'interdit *uti possidetis* concerne de simples troubles, qui en général n'affecteront que l'intérêt du fermier, et nullement celui du bailleur; celui-ci ne s'en inquiétera donc pas. L'expulsion par violence, au contraire, est un fait tellement grave, et peut rendre la position du bailleur dans le procès en revendication tellement difficile, qu'il ne manquera pas de se protéger, lui et son fermier, en recourant à l'interdit. Voilà pourquoi on devait accorder l'interdit *uti possidetis* au fermier, tandis qu'il n'a pas besoin de l'interdit *de vi*, puisque le bailleur lui-même ne négligera pas de s'en servir. — Mais un tel raisonnement général ne suffit pas là où

il importe, avant tout, de produire des preuves positives. A cet effet nous citerons les textes suivants :

L. 9, *de rei vindic.* « ... *apud quem deposita est, vel commodata,* « *vel qui conduxerit,* ...., *hi omnes* NON POSSIDENT. »

L. 3, § 8, *uti poss.* : « *Creditores missos ... interdicto uti possi-* « *detis uti non posse, et merito,* QUIA NON POSSIDENT. »

L. 6, § 2, *de prec.* : « *Colonus et inquilinus sunt in prædio : et* « *tamen* NON POSSIDENT. »

L. 1, § 9, *de vi* : « *Dejicitur is* QUI POSSIDET. »

L. 1, § 23, *de vi* : « *Interdictum autem hoc nulli competit, nisi* « *ei, qui tunc, cum dejiceretur,* POSSIDEBAT : *nec alius dejici visus* « *est,* QUAM QUI POSSIDET. »

Ces passages sont tous les cinq d'Ulpien. Or, ce même jurisconsulte, qui refuse au *creditor missus*, au fermier, au locataire, etc., la *possessio*, et par cela même aussi l'interdit *uti possidetis*, ce même jurisconsulte qui, d'autre part, considère la possession comme condition absolue de l'interdit *de vi*, pourrait-il encore, après cela, accorder ce dernier à ces mêmes personnes qui cependant ne possèdent pas? — Ailleurs Ulpien compare les interdits *retinendæ possessionis* à l'interdit *de vi* et trouve que toute la différence consiste en ce que les premiers servent à maintenir une possession attaquée, tandis que l'interdit *de vi* a pour effet de restituer une possession perdue : L. 1, § 4, *uti possid.* Pour quiconque lit ce passage sans opinion préconçue, il sera impossible de s'imaginer qu'en matière d'interdit *uti possidetis*, Ulpien ait pu entendre par *possessio* un tout autre état de choses qu'en matière d'interdit *unde vi*.

Thon a déjà insisté sur l'importance de la L. 1, C. *si per vim*

(p. 140). Thibaut (p. 363) entend ici par *colonus* celui à qui le propriétaire d'un domaine a abandonné l'usage d'une maison et d'un jardin, en lui conférant en même temps la surveillance de tout son domaine. Je laisse encore une fois au lecteur le soin d'apprécier la valeur de cette interprétation.

A l'époque où ce nouveau système commença à se manifester d'une manière plus ou moins indécise encore, la même idée fondamentale, avec des modifications assez graves du reste, fut développée dans un écrit de Wiederhold (1).

D'après cet auteur, la *civilis possessio* est la possession, accompagnée d'*animus domini*, lequel ne se conçoit que fondé sur une *justa causa*, n'y eût-il d'ailleurs pas de *bona fides*. La *naturalis possessio* est la possession avec l'*animus possidendi*, sans *justa causa*, et, par conséquent, sans *animus domini*; telle est la possession du créancier gagiste et de celui qui s'est emparé d'un fonds par violence. Autre chose encore est la simple détention au nom d'un tiers, sans *animus possidendi*, comme celle du locataire, par exemple. La *civilis possessio* donne droit à tous les interdits, et le demandeur doit prouver sa *justa causa*. La *naturalis possessio* donne droit à l'interdit *de vi*, mais non pas à l'interdit *uti possidetis*; enfin la simple détention ne donne droit à aucun interdit (p. 5, 14). Dans le *precarium* et dans le séquestre, il y a possession civile, mais c'est par exception; le créancier gagiste a la possession naturelle; l'emphytéote n'a aucune possession (p. 20-26). Quant au motif de la différence entre les deux interdits principaux, il se trouve dans la circonstance que l'interdit *uti possidetis* a uniquement pour but de régler les rapports entre deux personnes qui prétendent à la propriété, et non pas de pro-

(1) *Das interdictum uti possidetis und die novi operis nunciatio.* Hanau, 1831.

téger contre de simples troubles (p. 85 et suiv.). — Il est impossible de prévoir les écarts dans lesquels on tombe, lorsqu'on prend pour point de départ, sans examen sérieux, une idée fausse, et qu'on en déduit ensuite conséquence sur conséquence, sans jamais se laisser inquiéter par une critique sérieuse des résultats auxquels on est amené.

AUTRE ADDITION DE LA SIXIÈME ÉDITION (1).

BURCHARDI : « *Possessio civilis* n'est synonyme ni de *possessio ad usucapionem*, ni de *possessio ad interdicta*. » Tel est le titre d'une dissertation publiée dans *Archiv für civilistische Praxis*, vol. 20, p. 14-53. Heidelberg, 1837.

Ce titre indique déjà avec assez de précision l'opinion de l'auteur. Il trouve trop étroite la notion que je donne de la *civilis possessio*, puisqu'il faut y comprendre diverses possessions qui ne mènent pas à l'usucapion ; celle qu'en donne Thibaut serait au contraire trop large, puisqu'on ne doit pas y comprendre certaines possessions garanties par des interdits ; la vérité doit donc, selon Burchardi, se trouver entre ces deux extrêmes.

Voici comment l'auteur développe cette idée fondamentale (p. 16, 17, 40) : Les exigences de la pratique firent admettre d'abord dans la théorie des jurisconsultes (*jus civile*) une notion déterminée de la *possessio civilis*. Plus tard survint un édit prétorien qui établit des interdits possessoires, dont les conditions

(1) Dans la sixième édition originale, cette addition se trouve insérée dans l'Introduction, parce que l'auteur n'eut connaissance de l'ouvrage de Burchardi que lorsque la plus grande partie de cette édition était déjà imprimée. Nous la donnons ici à la place que l'auteur lui destinait.

différaient cependant, sous plus d'un rapport, de celles de l'ancienne *possessio civilis*, et ce fut ainsi que se forma une sorte de moyen terme. La possession put dès lors revêtir trois formes différentes : 1. *possessio civilis* avec les effets que l'ancien droit civil y attachait ; 2. *possessio ad interdicta ;* 3. possession sans effets légaux quelconques. Les deux dernières espèces de possession se désignaient par le terme commun de *possessio naturalis*, par opposition à la *possessio civilis*, et cette *possessio naturalis* peut ainsi, selon les circonstances, donner, ou ne pas donner, droit aux interdits.

Voici quelles sont, d'après l'auteur, les conditions requises pour qu'il y ait *possessio civilis* (p. 18, 28, 31, 40) : 1. *animus domini ;* 2. une chose qui soit dans le commerce ; 3. elle doit être indépendante en elle-même, c'est-à-dire ne pas faire partie intégrante d'une autre chose ; 4. le possesseur doit être *sui juris*. On ne peut exiger d'autres conditions, de sorte que le possesseur de mauvaise foi, le voleur, le brigand, le *dejector*, ont réellement aussi la *possessio civilis* (p. 42, 52). — La *possessio ad interdicta* n'exige ces conditions que d'une manière incomplète.

En effet, relativement à la première condition, il faut remarquer cette dérogation importante que deux espèces de personnes qui n'ont pas l'*animus domini* peuvent néanmoins invoquer les interdits (p. 21-23) : *a.*) quiconque détient la chose à raison d'un droit réel, par conséquent le créancier gagiste, l'emphytéote, le superficiaire, l'usufruitier, l'usager ; *b.*) celui qui détient la chose à titre précaire, et le séquestre, mais ceux-ci seulement dans le cas d'une convention spéciale à ce sujet.

Pour la deuxième et la troisième condition, il n'y a pas de différence.

Quant à la quatrième, il faut seulement remarquer que le

filiusfamilias a quelquefois les interdits : concurremment avec le père dans le *peculium* de l'ancien droit; à l'exclusion du père dans le pécule *castrense, quasi-castrense,* et dans celui que l'on appelle *adventitium extraordinarium.*

Sous les rapports que nous venons d'iudiquer, la *possessio ad interdicta* est donc plus large que la *possessio civilis;* sous d'autres rapports, elle est plus restreinte. Car dans tous les cas où les interdits sont accordés à celui qui n'a pas l'*animus domini* (sauf dans le cas de *precarium*), ils sont refusés à celui qui a cet *animus* et avec lui par conséquent la véritable *possessio civilis;* c'est ainsi notamment qu'on ne les accorde pas au propriétaire d'un fonds grevé d'un droit de superficie, d'usufruit ou d'usage (p. 25-28, 42).

L'auteur voit bien qu'à une époque si reculée, les jurisconsultes ne peuvent avoir inventé cette notion de la *possessio civilis* dans un but purement spéculatif; que, bien au contraire, ils y auront rattaché des conséquences pratiques, dont l'existence devait précisément être affirmée par cette expression technique. Or, l'auteur indique quatre conséquences de ce genre (p. 19, 20).

A. Celui qui avait la *possessio civilis* d'une chose en faisait la déclaration lors du recensement.

B. Il était tenu d'en payer l'impôt (sans doute le *tributum Servianum*).

C. Tout autre pouvait intenter contre lui l'action en revendication et il avait qualité pour y répondre comme défendeur.

D. Il pouvait acquérir la chose par usucapion ; il est vrai que, dans la plupart des cas, il lui fallait pour cela encore d'autres conditions (la bonne foi et le juste titre).

Au fond l'on ne voulait, en précisant ainsi la notion de la *possessio civilis,* qu'affirmer l'incapacité du locataire, de l'usufruitier,

du *filiusfamilias*, etc., de jamais prétendre à l'un de ces quatre effets.

Tels sont les traits principaux d'une théorie nouvelle qui me paraît de prime abord défectueuse au point de vue historique. En effet, la formation de cette notion de la *possessio civilis* et des termes techniques qui s'y rattachent (*civilis* et *naturalis*) a quelque chose de conventionnel et de doctrinal qui n'aurait rien d'étonnant au temps des jurisconsultes classiques, mais que l'on ne conçoit guère à une époque antérieure à l'origine de l'Édit.—Au surplus, indépendamment de cette invraisemblance historique, j'espère convaincre l'auteur qu'il est au fond bien plus d'accord avec moi qu'il ne le pense lui-même. Il attribue quatre effets, ou, si l'on veut, quatre acceptions pratiques à la *possessio civilis*; tandis que je ne lui reconnais qu'un seul effet : or, si je parvenais à lui démontrer que trois des effets qu'il signale ne sont pas fondés, il ne resterait plus évidemment que le quatrième (usucapion), et dès lors nous serions d'accord. Cette démonstration, je vais la tenter.

Le premier et le deuxième effets signalés par lui sont évidemment identiques, car ce que l'on déclarait dans les opérations du cens servait naturellement de base à la perception de la contribution Servienne, et réciproquement. Mais il est tout aussi certain que c'était la propriété quiritaire seule que l'on déclarait, et que la *possessio civilis* de Burchardi, possession comprenant entre autres aussi celle du voleur et du *dejector*, n'avait absolument rien de commum avec tout ceci. Il serait certainement aussi par trop extraordinaire de soutenir que des biens volés, ou l'immeuble occupé par violence, eussent pu être déclarés au

censeur, afin de faire ranger le possesseur dans une classe supérieure, voire même dans celle des *equites*, et cela, remarquons-le bien, à une époque où il n'y avait pas encore d'interdits, et où les droits lésés ne pouvaient être rétablis que par la procédure relativement longue de la revendication. — Le troisième effet allégué par l'auteur, l'aptitude à figurer comme défendeur au procès en revendication, n'est guère mieux fondé que les deux premiers. Voici ce qu'il en est : D'après GAIUS (IV, § 16), le demandeur revendiquait en disant : *Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo;* mais le défendeur répondait en prononçant la même formule. Par conséquent, dit notre auteur, ce défendeur ne pouvait être un locataire ou un usufruitier, puisqu'il n'aurait pu s'appliquer cette formule et se dire propriétaire, et c'était là ce qu'on avait en vue en exigeant l'*animus domini* comme première condition de la *possessio civilis*. Mais il est évident qu'ici l'auteur prouve trop. Car le voleur et le *dejector* ne pouvaient certes s'appliquer cette formule à meilleur droit que le locataire, et cependant, d'après Burchardi, ils avaient la vraie *possessio civilis* et pouvaient par conséquent répondre comme défendeurs au procès en revendication. Et que l'on ne dise pas que ces derniers auront probablement caché le vice de leur possession et se seront dits propriétaires, car la même chose pourrait aussi s'imaginer de la part d'un locataire qui se trouve en présence d'un tiers revendiquant ; et d'ailleurs, quand il s'agit de préciser la nature d'un droit, on ne peut avoir recours à de semblables considérations accessoires. Voici ce qu'il y a de vrai dans tout cela : toute la revendication, dans sa forme primitive, était symbolique, et par conséquent aussi la contre-revendication qui en faisait partie. L'essence de cette dernière était ce que nous appelons une *litis-contestatio* négative, c'est-à-dire la

dénégation du droit invoqué par le revendiquant : or cette dénégation pouvait provenir du voleur ou du locataire tout aussi bien que du propriétaire véritable ou présumé ; peu importait d'ailleurs la forme symbolique qu'elle prenait. Si l'on voulait prendre ces anciennes formules strictement à la lettre, il n'aurait jamais pu y avoir, par exemple, de *in jure cessio*. En effet, l'acquéreur devait y revendiquer aussi l'objet et par conséquent prononcer la formule indiquée, et cependant les deux parties, ainsi que le préteur, savaient fort bien qu'il n'était pas encore propriétaire. Ce n'était donc certes pas la forme de la *contravindicatio* qui pouvait empêcher le locataire de répondre à une action en revendication, et c'est très-arbitrairement que l'auteur veut ainsi rattacher à ces anciennes formules la controverse que l'on rencontre plus tard encore sur le point de savoir si l'on peut revendiquer contre un locataire. — Or si trois des effets indiqués sont ainsi dénués de fondement, il ne reste plus que le quatrième, l'usucapion : dès lors la *possessio civilis* n'a été de tout temps autre chose que la *possessio ad usucapionem*, et toute divergence d'opinion entre l'auteur et moi disparaît.

Mais même si les trois effets que je me suis attaché à réfuter avaient réellement concouru à la création de la notion première de la *possessio civilis*, ils n'en seraient pas moins devenus inadmissibles à l'époque où le droit fut devenu une science, notamment à celle d'Ulpien, car le cens quinquennal n'était plus alors qu'une antiquité (ULPIEN, I, § 8). Déjà depuis la guerre de Macédoine, les citoyens romains ne payaient plus d'impôt à raison de leur fortune.

Enfin au temps d'Ulpien, l'ancienne *contravindicatio* n'était plus nécessaire, comme l'auteur en fait lui-même la remarque à la page 19. Ainsi, même en adoptant sans réserve les idées de

l'auteur, il faudrait encore reconnaître que l'ancienne différence entre la *possessio civilis* et la *possessio ad usucapionem* avait complétement disparu; et si nous pouvions interroger Ulpien lui-même sur la valeur pratique qu'avait à son époque le terme *possessio civilis*, le jurisconsulte, eût-il même lu la dissertation de Burchardi et se fût-il pénétré de son contenu, devrait cependant infailliblement nous répondre que la *possessio civilis* est ce genre de possession qui mène à l'usucapion.

En nous bornant aux observations faites jusqu'ici, nous devrions considérer le travail de Burchardi comme une tentative nouvelle et peu heureuse de préciser la notion de la *possessio civilis* en la rattachant à l'histoire de la possession. Mais il est rare qu'une erreur théorique n'ait pas des conséquences plus fâcheuses; c'est ainsi que Burchardi aussi a mêlé à sa théorie nouvelle des erreurs qui n'en découlent même pas comme conséquences nécessaires, et font renaître la confusion sur bien des points qu'on pouvait croire, en partie, longtemps déjà avant la publication de mon ouvrage, parfaitement élucidés. J'entends parler de ce qu'il dit des différentes personnes qui exercent un droit réel sur une chose dont ils ont la détention. L'auteur enseigne que, sans avoir l'*animus domini*, ils ont cependant la possession qui donne droit aux interdits et que précisément par ce motif ces derniers doivent, dans cette hypothèse, être absolument refusés au propriétaire. De ce nombre sont le créancier gagiste, l'emphytéote, le superficiaire, l'usufruitier et l'usager. J'ai toujours soutenu, au contraire, qu'il ne peut en être ainsi qu'à l'égard des deux premiers, à raison de la nature toute spéciale de ces droits, et non pas à cause de la nature des droits réels en général. Dans les trois autres cas, c'est au propriétaire qu'il faut, selon moi, attribuer la possession complète, en y compre-

nant le droit aux interdits; quant à celui qui jouit du *jus in re*, il n'a pas la vraie possession, mais seulement une *juris quasi possessio*, protégée aussi par des interdits. D'après Burchardi, cette *juris quasi possessio* ne donnerait aucun droit à des interdits et ne serait prise en considération qu'au point de vue de l'usucapion. Laquelle de ces deux assertions est vraie? Intervertissons l'ordre et voyons d'abord ce qu'il en est de l'usufruit et du droit d'usage. La question la plus importante ici, question très-essentielle sans aucun doute, est celle de savoir si le propriétaire a le droit d'invoquer les interdits.

La condition générale des interdits, c'est de posséder.

L. 1, §§ 9, 23, *de vi* : « *Dejicitur is* QUI POSSIDET. — *Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc cum dejiceretur* « POSSIDEBAT, etc. »

L. 3, § 8, *uti possidetis* : « *Creditores missos in possessionem... interdicto uti possidetis uti non posse : et merito,* QUIA NON POSSIDENT. »

Or, qu'en est-il de cette condition lorsqu'il s'agit d'usufruit?

1. Le propriétaire possède-t-il?

L. 52 pr., *de adquir. poss.* : « NEQUE IMPEDIRI POSSESSIONEM *si alius fruatur.* »

2. L'usufruitier possède-t-il?

L. 6, § 2, *de prec.* : « *Fructuarius et colonus et inquilinus sunt in prædio et tamen* NON POSSIDENT. »

Fragm. Vatic., § 90 : « .... *usufructu legato,* .... NON POSSIDET *legatum, sed potius fruitur. Inde et interdictum uti possidetis* UTILE *hoc nomine proponitur, et unde vi,* QUIA NON « POSSIDET. »

Et de même au § 91.

Si l'on combine ces différents textes, il en résulte avec une

évidence incontestable que les interdits doivent être attribués au propriétaire, et non pas à l'usufruitier, à moins que, par une extension des interdits originaires, on ne les lui donne à raison de sa *juris quasi possessio* : d'où il résultera nécessairement que tous deux auront les interdits, tant à l'égard des tiers que l'un à l'égard de l'autre, à l'effet de protéger la possession de chacun d'eux dans les limites spéciales qui lui sont assignées. — Au surplus, ce que nous venons d'induire ici des passages cités, se trouve aussi formellement exprimé dans le texte suivant :

L. 4, *uti possidetis* : « *In summa puto dicendum, et inter fructuarios hoc interdictum reddendum* : ET SI ALTER USUMFRUCTUM, « ALTER POSSESSIONEM SIBI DEFENDAT. »

Cette loi dit formellement que l'interdit pourra s'invoquer dans une contestation possessoire entre le propriétaire qui défend son droit de possession, et l'usufruitier. La constitution du droit d'usufruit n'a donc pas enlevé au propriétaire le droit aux interdits. Quant à ce que c'est que cet interdit accordé à l'usufruitier, c'est ce que nous dit le passage des *fragmenta vaticana* cité plus haut; c'est un *interdictum utile*, expression qui désigne clairement le caractère anomal de la possession qui lui sert de base (*juris quasi possessio*), et qui prouve aussi qu'une autre personne, le propriétaire, jouit dans cette hypothèse d'un *interdictum directum*. Enfin, contrairement à l'assertion positive de l'auteur, nous trouvons même un texte formel qui nous dit que c'est sur la *juris quasi possessio* que se fonde ici le droit à l'interdit.

L. 3, § 17, *de vi* : « QUI *ususfructus nomine qualiter qualiter* « FUIT QUASI IN POSSESSIONE, UTETUR HOC INTERDICTO. »

Cette manière de résoudre la question est du reste la seule

possible en pratique, et je me bornerai à indiquer un seul exemple pour montrer les conséquences impossibles auxquelles mènerait la théorie de Burchardi. Lorsque, après la mort de l'usufruitier, le propriétaire veut se faire rendre l'immeuble, et qu'il se voit violemment repoussé par l'héritier de l'usufruitier, il a, d'après les principes sanctionnés par les textes que nous avons cités, le droit d'invoquer l'interdit *de vi*. D'après l'opinion de Burchardi, au contraire, il n'aurait pas d'interdit du tout, puisque, lors de la constitution de l'usufruit, il aurait perdu toute possession donnant droit aux interdits; il ne lui resterait donc que la revendication. Il est possible, sans doute, qu'il intente aussi une action personnelle à raison de la caution qui peut avoir été fournie; mais cette action n'est qu'accidentelle, puisque le propriétaire est parfaitement le maître d'exiger ou de ne pas exiger une caution, et qu'il est seulement défendu au testateur, par la L. 7, C., *ut in poss.*, d'imposer à ses héritiers l'obligation de ne pas l'exiger.

Il en est du droit d'usage exactement comme du droit d'usufruit; c'est ce que dit aussi expressément la L. 4, *uti possidetis*.

En matière de droit de superficie, le texte suivant applique absolument les mêmes principes :

L. 3, § 7, *uti possidetis* : « *Ceterum superficiarii proprio interdicto... utentur* : DOMINUS AUTEM SOLI TAM ADVERSUS ALIUM, « QUAM ADVERSUS SUPERFICIARIUM POTIOR ERIT INTERDICTO UTI POSSIDETIS, *sed Prætor superficiarium tuebitur secundum legem locationis.* »

Ici le nom spécial donné à l'interdit rend même impossible toute erreur sur la situation respective des deux parties, tandis que pour l'usufruit l'appellation générale *de vi* et *uti possidetis*, ainsi que l'absence dans le Digeste de l'épithète significative

utile, ont induit en erreur Burchardi et tant d'autres auteurs qui ont écrit avant lui.

A l'égard du créancier gagiste, la question de possession est précisée dans nos sources d'une manière plus complète encore que pour l'usufruit (voyez notre § 24). Le créancier seul a la véritable *possessio;* le débiteur ne l'a en aucune façon ; c'est donc au premier seul aussi qu'appartiennent les interdits. L'usucapion seule lui est refusée, et afin que l'usucapion ne subisse pas d'interruption au détriment des deux parties, on déroge à la règle et l'on considère le débiteur, mais seulement au point de vue de l'usucapion, comme s'il possédait. On décide donc à l'égard du créancier diamétralement le contraire de ce qui a été dit plus haut à l'égard de l'usufruitier. En présence de ces décisions si intentionnellement opposées, il est à peine concevable que Burchardi ait néanmoins pu tenter de placer les deux cas sur une seule et même ligne. La différence s'explique d'ailleurs d'une manière très-satisfaisante par les exigences de la pratique. En effet, le gage suppose, d'après l'expression très-juste de Thibaut, la défiance du créancier ; il fallait donc lui confier exclusivement les moyens légaux de protéger la possession. Or, rien dans l'usufruit ne suppose cette défiance ; elle lui est au contraire complétement étrangère.

Enfin l'emphytéote a la véritable *possessio* et par conséquent aussi les interdits, tandis que l'un et l'autre sont refusés au propriétaire. J'ai tâché d'expliquer historiquement cette anomalie (voy. §§ 9, 12*a*, 22*a* et 24); mais ceux-là mêmes qui n'admettent pas cette explication, et qui veulent baser la possession de l'emphytéote uniquement sur les nécessités pratiques (voy. l'addition faite au § 9), ne peuvent cependant pour cela vouloir placer sur une même ligne l'emphytéose et l'usufruit, comme Burchardi

essaye de le faire. Car dans l'emphytéose le propriétaire n'a au fond d'autre droit actuel et véritable que celui d'exiger le canon et ce qu'on appelle le *laudemium*. La perspective de recouvrer la plénitude de tous ses droits, perspective qui en matière d'usufruit est toujours proche et certaine, ne se présente dans l'emphytéose que d'une manière éloignée et accidentelle, et même, lorsqu'elle se réalise, le propriétaire peut intenter une action personnelle fondée sur le contrat qui sert de base à l'emphytéose, et se dispenser ainsi de la preuve difficile de son droit de propriété. Sous ce rapport donc, l'emphytéose et l'usufruit sont essentiellement différents, et même au point de vue de ces auteurs ce n'est que par un procédé tout à fait arbitraire que Burchardi veut rattacher entre eux ces deux droits en les assimilant sous le rapport de la possession (1).

Dans un supplément, l'auteur essaye d'expliquer d'une manière nouvelle la prohibition des donations entre époux, et d'appliquer cette explication à la théorie de la *possessio civilis* (p. 36-40, 42). Cette prohibition proviendrait, selon lui, de l'ancienne *in manum conventio* dans laquelle la femme n'avait pas de biens du tout, et ne pouvait surtout pas avoir de *possessio civilis*, parce qu'elle était *alieni juris*. Mais dans ce cas cette prohibition aurait dû concerner toutes les aliénations et non pas seulement les dona-

(1) Par là même nous avons répondu à l'objection suivante qu'on pourrait nous faire : Pourquoi, alors même que la possession de l'emphytéote serait due en principe au rapport dans lequel elle se trouvait avec l'*ager publicus*, Justinien n'a-t-il pas écarté cet élément tout accidentel, et fait ce qu'exigeaient les convenances pratiques en accordant des actions possessoires aux deux parties comme en matière d'usufruit? Nous répondons : C'est parce que, dans l'emphytéose, le besoin d'accorder de pareilles actions au propriétaire ne se faisait en réalité pas sentir. Une telle innovation n'aurait donc pu être réclamée que dans l'intérêt d'une certaine symétrie théorique.

tions. Comment d'ailleurs en serait-on venu à cette idée peu logique d'introduire dans le mariage libre, sous forme de prohibition expresse, ce qui dans le mariage rigoureux, *cum manu*, résultait comme simple impossibilité de la nature même du lien conjugal, sans qu'il fût nécessaire de le défendre formellement, tandis qu'à tous autres égards les rapports patrimoniaux qu'engendrait le mariage libre furent réglés d'une manière tout à fait indépendante, et même en opposition évidente avec ce qui s'observait dans le mariage *cum manu*.

Quelques-uns nous blâmeront peut-être de nous être arrêté si longtemps à cette réfutation. Mais pouvions-nous laisser ainsi remettre en question et compromettre tous les résultats acquis jusqu'ici au profit de la clarté des notions et des règles de droit, pour retomber de nouveau dans l'ancienne confusion? Au point de vue d'une question spéctale, un essai comme celui de Burchardi peut sans doute revêtir certaines apparences séduisantes, mais il lui manque l'essentiel, le lien logique qui l'unisse à tout le reste de la théorie pour produire un tout complet. Si le savant auteur, dont la science s'est révélée dans plus d'un excellent travail, n'avait pas été ébloui par la nouveauté même de son idée, et n'avait ainsi négligé de la soumettre à cette épreuve, nul doute qu'il n'eût pas manqué de reconnaître lui-même combien elle est insoutenable (1).

§ 11.

POSSESSIO PLURIUM IN SOLIDUM.

L'étude de la notion de la possession nous paraît maintenant terminée. Tout se réduisait à ces deux points principaux : quel

(1) Voy. Appendice, n° 40.

est, en droit romain, le sens juridique de la possession (§§ 2-8), et quels en sont les éléments substantiels ; en d'autres termes, quelles sont les conditions moyennant lesquelles il faut admettre qu'il y a possession (§ 9)?

Toute la théorie qui va suivre se rattache intimement à cette notion fondamentale. Toute acquisition ou perte de possession n'est en effet qu'une application ou une modification de cette notion première. Or, parmi ces applications nous trouvons une règle, si générale en elle-même, qu'elle influe sur toutes les parties de notre théorie, et c'est ici seulement qu'elle peut être convenablement développée.

Voici cette règle : Toute possession est exclusive : *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*. Nous avons à en étudier la portée réelle et la vérité, ce qui nous fournira aussi l'occasion de rendre les résultats terminologiques auxquels nous sommes arrivés, plus clairs encore par l'application pratique, qu'ils ne pouvaient l'être dans une étude abstraite.

Il s'agit donc de la possession d'une seule et même chose (*in solidum*). Lorsque plusieurs personnes possèdent une chose en commun (ce que les auteurs modernes appelent *compossessio*), de telle sorte que leurs possessions se trouvent réciproquement limitées l'une par l'autre, la possession ne concerne qu'en apparence une seule et même chose ; chacun en possède alors en réalité à lui seul une portion, et n'a aucun droit de possession sur les autres parties. Que la séparation de ces parties ne soit qu'abstraite et non pas matérielle, cela ne fait rien au point de vue juridique ; chacun possède donc une chose à soi, et ces différentes personnes sont entre elles à peu près comme les possesseurs de deux maisons contiguës. Aussi le mot *compossessio*, ainsi que l'idée qu'il exprime, ne se trouvent nulle part chez les

jurisconsultes romains; ils disent seulement dans quel sens chacun peut avoir la possession d'une portion abstraite de la chose, ce qui implique nécessairement la possibilité d'une possession dans le chef d'autrui relativement aux autres parties de cette chose. Quant aux rapports entre ces copossesseurs, ils ne présentent rien de particulier.

La divergence d'opinion des jurisconsultes romains eux-mêmes a rendu cette étude difficile et obscure. Quelques-uns niaient d'une manière absolue la possibilité d'une telle possession; d'autres admettaient des exceptions, et disaient, par exemple, que la *justa possessio* d'une personne n'était pas exclue par la *injusta possessio* d'une autre, et ainsi de suite. Les diverses modifications de cette dernière opinion ne nous intéressent pas pour le moment; il nous suffit de l'envisager comme opposée à la première, et dès lors la question à résoudre est celle-ci : Est-il possible que plusieurs personnes possèdent une seule et même chose? Ce n'est qu'en cas de réponse affirmative que l'on pourra demander quelles sont les conditions de cette possibilité.

La forme tout à fait générale de la question montre déjà que c'est la *possessio* qui en fait l'objet. Or, ce mot peut exprimer la possession de deux manières différentes : il désigne tantôt le fait matériel de la détention, tantôt la possession juridique, c'est-à-dire celle qui détermine l'usucapion et le droit aux interdits (1). De laquelle de ces deux possessions entendons-nous parler ici? La règle donnée plus haut décide facilement la question. Puisque les jurisconsultes romains ont fait de cette question l'objet de leurs recherches, il ne saurait être ici question que de possession juridique. La simple détention ne peut comprendre d'élé-

(1) Voyez notre § 7, n° 5.

ments juridiques, et comme elle ne produit aucun effet juridique, il ne peut non plus être nécessaire de constater juridiquement son existence.

Il s'agit donc ici de la possession qui conduit à l'usucapion et aux interdits (1). Cette observation préalable suffit déjà pour écarter la plupart des réponses erronées que l'on a faites à notre question. Ainsi quelques-uns croient qu'un seul et même effet de la possession ne peut sans doute être attribué qu'à une seule personne, tandis que plusieurs effets différents permettent de supposer plusieurs copossesseurs. Mais il n'y a que deux effets de la possession, et ces deux effets sont entre eux dans un rapport tel, que c'est toujours une seule et même possession qui les produit. — D'autres ont admis une *civilis possessio* d'une part et une *naturalis possessio* d'autre part, et à l'égard de cette dernière seulement ils ont exclu l'idée d'une *possessio plurium in solidum;* mais ce système aussi est impossible, car la *naturalis possessio,* qui subsisterait à côté d'une *civilis possessio* appartenant à un tiers serait, soit une possession juridique, et alors elle n'est ici, où il ne s'agit que de la *possessio* en général, aucunement distincte de la *civilis possessio,* soit une simple détention, et alors elle ne doit pas faire l'objet de notre étude.

Or s'il faut admettre que plusieurs puissent posséder une seule et même chose, il est clair que cela ne se pourra qu'au moyen d'une fiction juridique. La notion première de la possession naturelle (§ 1) impliquait la faculté physique et *exclusive* de disposer de la chose : telle est la possession d'une pièce d'argent que l'on tient en main, et il est clair qu'une telle possession ne saurait être attribuée à plus d'une personne. Mais la possession

(1) Voyez notre § 7, n° 3.

est considérée comme un droit, et à ce titre elle est souvent l'effet d'une fiction dans des cas où cette notion première ne serait plus applicable (§ 5). Ainsi le possesseur d'une maison est censé continuer à la posséder alors même qu'il en est sorti sans avoir pris aucune mesure conservatoire. C'est donc sur une fiction de ce genre que devrait se baser la possession simultanée de plusieurs personnes, puisque la notion originaire de la possession exclut cette pluralité de personnes. Dès lors la question qui nous occupe doit se formuler de la manière suivante : Existe-t-il une fiction juridique, en vertu de laquelle plusieurs personnes puissent être considérées comme possesseurs simultanés d'une seule et même chose?

Sur cette question les jurisconsultes romains étaient partagés en deux écoles. Les uns, Labéon et Paul, niaient d'une manière absolue la possibilité d'une semblable possession, et leur opinion n'est pas seulement approuvée en général par les compilateurs des Pandectes, elle peut aussi être suivie dans toutes ses applications. Les autres, Trebatius, Sabinus et Julien, admettaient cette possession, mais de telle sorte seulement qu'une personne aurait la JUSTA *possessio*, une autre l'INJUSTA *possessio*. Deux *possessiones* INJUSTÆ simultanées n'étaient pas considérées comme possibles, et il en était de même de deux JUSTÆ *possessiones*, sauf un seul cas, qui est du reste en rapport avec un cas de *possessio injusta*. Cette distinction a trait aux *vitia possessionis* (1), et la différence entre les deux écoles ne peut dès lors se révéler que dans les trois applications suivantes : *a*. Lorsqu'on s'empare violemment de la possession d'une chose : dans ce cas, à côté de l'*injusta possessio*, la *justa possessio* de l'ancien possesseur doit

(1) Voyez nos §§ 2 et 8.

pouvoir continuer. *b.* Il en est de même lorsqu'on s'empare secrètement de la possession d'une chose qu'un autre avait jusque-là. *c.* Enfin lorsqu'on acquiert la possession par l'effet d'un *precarium*. Pour l'intelligence complète de ce dernier cas, nous devons insérer ici quelques propositions, qui ne pourront être développées d'une manière logique et complète que là où nous parlerons des interdits.

Precarium sert à désigner cet état de choses dans lequel l'exercice d'un droit est abandonné à un autre sans qu'il intervienne d'acte juridique. Ordinairement il s'agit de l'exercice du droit de propriété, par conséquent de la possession naturelle que l'exercice de ce droit présuppose essentiellement. Or, cette *precaria possessio* se présente de deux manières : tantôt l'abandon porte sur la simple détention, tantôt, au contraire, sur la possession juridique (1). Dans le premier cas, la possession n'est pas d'abord transférée, mais elle peut être acquise subséquemment par le refus de restituer la chose ; cette *possessio* est évidemment INJUSTA et ici l'interdit *de precario* reçoit son application, comme interdit RECUPERANDÆ *possessionis*. Dans le second cas, la possession est transférée dès le commencement, et, *justa* en principe, elle ne devient *injusta* que par le refus de restitution : ce second cas devient dès lors semblable au premier. D'après cela, le *precarium* peut tantôt donner lieu à une *possessio* INJUSTA, et alors se présente la même question que pour le cas de possession violente ou clandestine ; tantôt il produit une JUSTA *possessio*, et c'est là le seul cas dans lequel certains jurisconsultes admettent deux *justæ possessiones* collatérales.

(1) « ... *Precario autem rogavit*, NON UT POSSIDERET, *sed* UT IN POSSESSIONE ESSET... » L. 10, § 1, *de poss.*

Nous parlerons d'abord de la règle en général, ensuite de ses trois cas d'application.

Le texte décisif sur cette règle est de Paul (1) :

« ... *Plures eandem rem in solidum possidere non possunt.* « CONTRA NATURAM QUIPPE EST, *ut cum ego aliquid* TENEAM, *tu* « *quoque id* TENERE VIDEARIS. *Sabinus tamen scribit, eum, qui* « *precario dederit,* ET IPSUM *possidere,* ET EUM, QUI PRECARIO ACCE- « PERIT. *Idem Trebatius probabat, existimans, posse* ALIUM JUSTE, « ALIUM INJUSTE *possidere:* DUOS INJUSTE, VEL DUOS *juste non posse* (2). « *Quem Labeo reprehendit : quoniam in summa possessionis non* « *multum interest, juste quis an injuste possideat,* QUOD EST « VERIUS : *non magis enim eadem possessio apud duos esse potest,* « *quam ut tu* STARE VIDEARIS *in eo loco, in quo ego* STO : *vel in quo* « *ego* SEDEO, *tu* SEDERE VIDEARIS. »

Ce passage renferme les propositions suivantes :

1. L'opinion personnelle de Paul, opinion que Justinien s'approprie, se trouve au début du passage cité, et est rappelée à la

(1) L. 3, § 5, *de poss.* (PAUL. lib. 54, *ad edictum*).

(2) A cette partie du passage cité se rapporte la L. 19, pr. *de precario* (JULIANUS, lib. 49, *dig.*) : « *Duo in solidum* PRECARIO HABERE *non magis possunt, quam duo in solidum* VI POSSIDERE, AUT CLAM, *nam* NEQUE JUSTÆ NEQUE INJUSTÆ POSSESSIONES DUÆ CONCURRERE POSSUNT. » Il est évident que dans l'opinion de JULIEN la *possessio justa* de l'un devait pouvoir coexister avec la *possessio injusta* d'un autre ; et cette partie affirmative de son opinion a été laissée de côté par les compilateurs.— La question à laquelle JULIEN veut répondre est celle-ci : Est-il possible d'attribuer une *precaria possessio* simultanément à plusieurs personnes ? Or, puisque la *possessio precaria* est en principe, après son transfert, considérée comme *justa*, il est fort naturel que JULIEN ait opposé la *possessio precaria*, en sa qualité de *possessio justa*, à la possession violente et clandestine, comme à des possessions injustes, quoiqu'il y ait d'ailleurs aussi des cas où la *possessio precaria* peut être considérée comme injuste. CUPERUS (*de nat. poss.*, p. 2, c. 14) a nié cette interprétation bien simple, sans en donner une meilleure.

fin. Un tel concours de plusieurs possesseurs, dit Paul, est absolument impossible, par le motif que toute possession se base, soit sur une détention réelle (*tenere*), soit sur la fiction juridique d'une telle détention (*tenere videri*); or, une fiction n'est admissible que là où le fait supposé n'est pas impossible en lui-même; et comme il est impossible que plusieurs personnes détiennent réellement une seule et même chose, aucune fiction juridique ne saurait non plus faire disparaître cette impossibilité (1).

2. Sabinus fait une exception à cette règle pour le cas de *precarium*. Ici, dit-il, les deux personnes doivent pouvoir posséder juridiquement la même chose, et cela sans distinguer si la *possesio precaria* est juste ou injuste.

3. Trebatius adhère à cette opinion, avec cette modification toutefois que la *possessio precaria* doit être *injusta* pour qu'elle puisse ne pas exclure la possession d'un autre. En même temps il généralise la proposition, en l'appliquant à tous les cas de concours de possession juste et injuste; il la nie dans tous les autres cas.

4. Ces deux opinions sont déjà réfutées par la manière même dont Paul a établi la sienne. Mais Labéon, qui est donc d'accord avec Paul, objecte encore tout spécialement à Trebatius que la distinction entre *possessio justa* et *injusta* ne peut avoir d'impor-

(1) CUPERUS (*de nat. poss.*, p. 2, c. 18) a le mieux développé cette interprétation; elle est, du reste, très-ancienne; voy. les citations dans GOMEZ, *in L. Tauri XLV*, n° 99, p. m. 289. PAUL ne nie donc pas, et ne pourrait du reste nier, que les droits découlant de la possession ne puissent être attribués à plusieurs personnes en même temps; mais il soutient que c'est là une inconséquence, parce que c'est en contradiction avec la nature même de la possession. C'est ainsi qu'il faut entendre l'impossibilité dont il parle. (Voyez Appendice, n° 41.)

tance lorsqu'il s'agit uniquement de savoir s'il y a possession, ou s'il n'y en a pas (1).

Ulpien enseigne le même principe d'une manière tout aussi générale que Paul (2) :

« *Celsus filius ait*, DUORUM *quidem* IN SOLIDUM *dominium vel* « POSSESSIONEM ESSE NON POSSE. »

Ici Ulpien, comme souvent ailleurs encore, n'indique l'opinion de Celsus que parce que c'est aussi la sienne. Cela devient encore plus évident à la fin de ce fragment, où il développe l'opinion de Celsus, en en déduisant diverses conséquences.

Voyons maintenant les différents cas d'application dans lesquels on a contesté la règle même.

a. Celui qui s'empare *violemment* d'une chose en a certes la possession juridique, mais, d'après Trebatius, l'ancien possesseur devrait être considéré comme possédant encore.

Il est de prime abord certain que cette possession, même dans l'opinion de Trebatius, ne peut être considérée comme continuant sous tous les rapports. Puisqu'on avait des interdits distincts pour recouvrer une possession perdue (RECUPERANDÆ *possessionis*) et d'autres pour se maintenir dans une possession menacée (RETINENDÆ *possessionis*), il est clair que sous le rapport des interdits de l'ancien possesseur, il n'était ni possible ni nécessaire de supposer dans son chef une continuation de possession ; aussi cette opinion n'était pas seulement celle de quelques jurisconsultes, elle se retrouve chez tous, et est clairement exprimée dans l'Édit même. On ne peut vouloir recouvrer que ce que l'on a perdu, et l'on ne peut avoir encore ce que l'on a perdu.

(1) Voyez, plus haut, pages 81 et suiv.
(2) L. 5, § 15, *commodati* (ULPIEN, lib. 28, *ad edictum*).

— Il ne faut cependant pas passer sous silence le passage suivant, qui pourrait même ici soulever encore quelque doute (1) : « *Non alii autem, quam ei* QUI POSSIDET (2), *interdictum unde vi* « *competere, argumentum præbet, quod apud Vivianum relatum* « *est, si quis vi me dejecerit, meos non dejecerit,* NON POSSE ME HOC « INTERDICTO EXPERIRI : QUIA PER EOS RETINEO POSSESSIONEM, QUI « DEJECTI NON SUNT. » Si nous intervertissons ici l'ordre du raisonnement, ce qui ne change évidemment rien à la justesse de l'argumentation, le sens sera le suivant : « D'après Vivien, « celui qui a été violemment expulsé d'un immeuble n'a cependant pas l'*interdictum de vi*, si ses gens, qui exerçaient avec « lui sa possession, n'ont pas aussi été expulsés, car c'est par « leur intermédiaire que lui-même continue son ancienne possession. Cette solution confirme la règle générale d'après « laquelle l'interdit ne peut être invoqué que par celui qui ne « possède plus. » Cette interprétation si naturelle doit faire

(1) L. 1, § 43, *de vi.*

(2) « *Qui non possidet,* » disent le manuscrit de REHDIGER et les éditions suivantes du *Dig. nov.* : *Rom.*, 1476. *Norimb.*, 1483. *Venet.*, 1485. *Venet.*, 1494. *Lugdun.*, 1509, 1513. *Paris*, 1514, 1536, et probablement plusieurs autres encore. ACCURSE suivait la même leçon, puisqu'il cite comme parallèle la L. 1, § 4, *uti possid.* — CRAS (*spec. jpr. Ciceronianæ*, p. 15) et FLECK (*de interd. unde vi*, p. 29) qui transcrit littéralement CRAS, disent « *Accursius particulam :* NON *inseruit,* » comme si ACCURSE avait fait des notes critiques sur les Pandectes florentines. HALOANDER suit le texte florentin, quoique JAUCH (*de negat. Pand.*, p. 82), CRAS et FLECK affirment le contraire. MARKART avait déjà rectifié cette assertion de JAUCH (*interpr.*, L. 2, ch. 18). — *Qui non possidet* est encore la leçon d'un excellent manuscrit de la bibliothèque de Metz, d'un autre de Leipzig, d'un manuscrit qui m'appartient, de deux manuscrits de Vienne et de seize manuscrits de Paris. Dans trois autres manuscrits de Paris, le *non* se trouve ajouté au-dessus du texte; mais il en est un (n° 4482) qui porte : « *qui possedit.* »—Un manuscrit de Kœnigsberg porte aussi : NON *possidet.* DIRKSEN, *Abhandlungen*, I. 450.

décidément préférer la leçon *qui* NON *possidet*, malgré l'autorité que le manuscrit de Florence tire de son ancienneté, et malgré la concordance, bien moins importante du reste, des Basiliques (1). Dès lors toute difficulté disparaît sans qu'il soit nécessaire de rien changer au texte (2).

L'opinion de Trebatius ne pouvait donc concerner les interdits du possesseur précédent (*dejectus*), mais bien ceux du nouveau possesseur (*dejiciens*); lorsque celui ci voulait employer l'interdit *uti possidetis* contre le premier, il est indubitable qu'une exception le paralysait (3). Or, on peut admettre que Trebatius a voulu expliquer cette règle, incontestable d'ailleurs, en soutenant que sous ce rapport l'ancien possesseur continuait à posséder. Cette supposition, qu'un passage d'Ulpien (4) va bientôt rendre plus vraisemblable, enlèverait toute importance pratique à la discussion relativement à ce cas d'application; mais l'opinion de Paul n'en aurait pas moins l'avantage d'être plus logique (5).

(1) L. 60, T. 17 (dans FABROT, P. 7, p. 407).

(2) DONEAU (*comm.* L. 13, c. 32, p. m. 801) interprète fort bien ce passage, et de son explication il tire la conclusion qu'il faut absolument lire *non possidet;* mais il se trompe lorsqu'il ajoute : « *mendose legitur* IN OMNIBUS EXEMPLARIBUS, *etiam Florentinis*, etc. » — Quelques-uns lisent : *qui* POSSEDIT, c'est-à-dire celui qui a possédé, qui ne possède plus, et telle est aussi la leçon d'un manuscrit de Paris (voy. l'avant-dernière note). Cette interprétation est évidemment très-forcée. Elle se rencontre pour la première fois dans RUTGERS (*var. lect.* lib. 6, c. 20), à qui BAUDIUS l'avait communiquée de vive voix. GROTIUS l'a approuvée (*flor. spars.*, p. 183, *ed. Amst.*, 1643, 12). (Voyez Appendice, n° 42.)

(3) L. 1. pr. *uti possidetis.*

(4) L. 3 pr. *uti possidetis.*

(5) De cette manière on pourrait aussi expliquer la L. 17, pr. *de poss.* : « *Si quis vi de possessione dejectus sit,* PERINDE HABERI DEBET, AC SI POSSIDERET : *cum interdicto de vi recuperandæ possessionis facultatem habeat.* » — Toutefois, ce passage s'explique mieux, lorsqu'on ne le rapporte pas à notre question; mais, soit à l'*hereditatis petitio*, que l'on peut in-

Toutefois en dehors des interdits, le passage de Trebatius pourrait aussi concerner l'usucapion, et alors le sens serait : celui qui perd la possession par un acte de violence ne cesse pas pour cela d'usucaper. Mais cette opinion n'est-pas seulement expressément démentie dans la compilation de Justinien (1); il est de plus fort invraisemblable qu'en présence de la nature même de l'usucapion, elle ait jamais été soutenue par un jurisconsulte romain.

b. Ce que nous avons dit de la possession acquise par violence doit, à peu de chose près, se dire aussi de la possession acquise *clandestinement*. Toutefois pour les immeubles il se présente ici une règle spéciale, qui ne pourra être convenablement exposée que dans la troisième et la quatrième section. C'est pour cette raison aussi que nous ne pouvons pas encore expliquer ici un passage d'Ulpien (2), quoiqu'il ait précisément sur ce point donné lieu à plusieurs erreurs. Nous pouvons toutefois montrer dès à présent que ni Ulpien, ni Labéon, dont il invoque l'autorité, n'appliquaient l'opinion de Trebatius au cas en question. D'abord, aucun des deux ne partageait cette opinion (3); de plus, Ulpien dit en terminant : Si le possesseur antérieur se voit empêché de rentrer sur son fonds, la possession de celui qui occupe le fonds est entachée de violence. Or, cela serait impossible s'il avait eu jusque-là une possession clandestine (4); il n'a

tenter contre le *dejectus* en sa qualité de possesseur (p. 104), soit aux cautions dont il est également affranchi. La suscription de la loi, comparée avec les L. 11 et 12, *qui satisd. cog.*, appuie cette dernière explication. (Voyez Appendice, n° 43.)

(1) L. 5, *de usurp. et usuc.* (Voyez Appendice, n° 44.)

(2) L. 6, § 1, *de poss.*

(3) Voyez, plus haut, pages 157 et 158.

(4) « *Non enim ratio* OBTINENDÆ *possessionis, sed origo* NANCISCENDÆ *exquirenda est.* » L. 6, pr. *de poss.* — CUPERUS, *de nat. poss.*, p. 2, c. 20.

donc eu jusqu'alors, d'après Ulpien, aucune espèce de possession, et ce jurisconsulte ne voit dès lors pas dans ce cas deux possesseurs simultanés.

c. Le passage suivant suppose à la fois la possession violente et la possession clandestine (1) : « SI DUO POSSIDEANT IN SOLIDUM; « *videamus, quid sit dicendum : quod qualiter procedat, tracte-* « *mus.* SI QUIS PROPONERET POSSESSIONEM JUSTAM, ET INJUSTAM : *ego* « *possideo ex justa causa, tu* VI AUT CLAM : *si a me possides, supe-* « *rior sum interdicto : si vero non a me, neuter nostrum* VINCE- « RETUR (2) : *nam et tu possides et ego.* » — Ulpien parle ici de l'interdit *uti possidetis*, appliqué au cas où plusieurs possèdent *in solidum*. « Comment cela se peut-il? Cela n'est possible que si « l'un possède *juste*, l'autre *injuste*, par exemple, *vi* ou *clam.* » Il s'agit là évidemment de l'opinion de Trebatius, mais Ulpien ne l'approuve pas, ce qu'il ne pourrait du reste pas, d'après plusieurs autres passages (3). Ulpien dit : *si quis proponeret;* il admet donc momentanément cette opinion, pour montrer comment il faudrait alors appliquer l'interdit *uti possidetis* (4). Mais il suppose évidemment le cas où l'*injustus possessor* voudrait invoquer l'interdit, car le *justus possessor* aurait, d'après le texte même de l'Édit, par conséquent d'après l'opinion de tous les jurisconsultes, l'interdit *de vi* et non pas l'interdit *uti possidetis*. (Voyez Appendice, n° 45.) La question est donc de savoir ce qu'il

(1) L. 3, pr. *uti possidetis.*

(2) Telle est la leçon des manuscrits de Rome, 1476; de Nuremberg, 1483; de Venise, 1483; celui de Florence et les autres lisent « *vincetur.* » Tous les manuscrits que je connais concordent avec celui de Florence (seulement ceux de Metz et de Leipzig lisent *vincet* au lieu de *vincetur*). L'interprétation que nous donnons ici n'exige pas nécessairement l'adoption de cette leçon.

(3) Voyez, plus haut, pages 157 et 158.

(4) CUJAS, *in observ.*, lib. 9, c. 32; lib. 5, c. 22.

faudra décider lorsque l'*injustus possessor* invoquera l'interdit *uti possidetis* contre le *justus possessor* antérieur? — De deux choses l'une, dit Ulpien : ou bien le défendeur a été privé de sa possession par le demandeur; alors ce dernier succombe, de sorte que la controverse n'a ici aucune valeur pratique (« *superior sum interdicto* » : telle est l'opinion de tous : celle de Trebatius, puisque le défendeur est encore possesseur et cela à un titre préférable à celui de l'adversaire, celle de Paul, à cause de l'exception que nous connaissons); ou bien le défendeur a été dépossédé par un tiers, et celui-ci l'a été à son tour par le demandeur actuel; alors le procès ne saurait recevoir de solution (1). (« *Neuter vinceretur,* » c'est-à-dire selon l'opinion de Trebatius; dans celle de Paul et d'Ulpien, il en serait autrement : le demandeur devant l'emporter, puisque le défendeur n'était pas possesseur et n'avait non plus d'exception personnelle à opposer au demandeur.) Ces deux opinions diffèrent donc ici par leurs conséquences pratiques, et il devient évident que la nôtre est préférable; il est même assez probable qu'Ulpien dans tout ce passage n'a pas d'autre but que de montrer combien l'opinion contraire est insoutenable.

d. Dans le cas de *precarium*, deux hypothèses peuvent se présenter. Tantôt l'on n'a abandonné que la simple détention de la chose, et ce n'est que par le refus de restituer que cette détention

(1) Quoiqu'on l'ait souvent contesté, il est facile d'établir que tel est le véritable sens des mots : *neuter vinceretur* ou *neuter vincetur*, et que par conséquent le juge ne pourra empêcher aucun des deux adversaires d'user de violence envers l'autre. Tout le monde admet, en effet, que ces mots excluent la condamnation du défendeur; mais ils empêchent aussi de lui donner gain de cause; car d'une part, cet interdit est un *remedium duplex* : tout renvoi des fins de la demande implique donc aussi une condamnation; d'autre part, c'est précisément ce renvoi que le jurisconsulte a en vue dans le premier cas, auquel le second sert d'antithèse.

se transforme en INJUSTA *possessio;* tantôt l'on a dès le principe transféré la possession juridique (1). En dehors de l'opinion générale de Sabinus, que les Pandectes condamnent, il n'existe aucune application possible dans la première hypothèse; mais il en est autrement dans la seconde, et ici les compilateurs ont été assez inconséquents pour revenir à l'opinion de Sabinus après l'avoir condamnée en général et dans tous les autres cas d'application. Le passage en question est de Pomponius (2). Il dit expressément que, lorsque la *possessio* a elle-même été abandonnée à un autre, celui-ci a sans doute acquis la possession, mais l'auteur de la translation l'a lui-même aussi conservée, quoique cela ait été contesté. — Examinons ici encore ce que c'est que cette continuation de possession : 1° elle ne peut concerner l'interdit du possesseur antérieur (*rogatus*), car celui-ci a sans aucun doute un *interdictum recuperandæ possessionis* (*de precario*); 2° la proposition est encore sans valeur pratique si on l'applique à l'interdit du second (*rogans*) contre le premier, parce que, indépendamment de la possession du défendeur, cet interdit est exclu par une simple exception; 3° en matière d'usucapion, la question présente de l'importance, et ici Pomponius soutient que le *precarium* n'interrompra pas l'usucapion. Mais dans l'autre opinion, le même but s'atteint d'une manière qui rend cette fiction aussi impossible que superflue. En effet, après la restitution de la chose, la possession intermédiaire du détenteur à titre précaire est comptée au possesseur antérieur (3), et cette ACCESSIO *posses-*

(1) Voyez page 155.

(2) L. 15, § 4, *de precario* (*Pomponius*, lib. 29, *ad Sabinum*). (Voyez Appendice, n° 46.)

(3) « ... *Si tamen* RECEPERIT *possessionem rupto precario, dicendum esse,* ACCEDERE *possessionem ejus temporis, quo precario* POSSIDEBATUR. » L. 13, § 7, *de poss.* — CUPERUS (p. 2, c. 22) trouve singulier que les compi-

sionis a lieu même lorsqu'il doit employer des moyens de contrainte pour obtenir la restitution (1), par conséquent même lorsque la *precaria possessio* est devenue *injusta* par suite du refus de restitution. Or, il est fort naturel que les jurisconsultes, qui admettent ici l'*accessio possessionis*, enseignent relativement à la possession du *rogatus* précisément le contraire de ce que dit Pomponius (2). Ici, plus que partout ailleurs, on peut sans inconvénient admettre qu'un passage des Pandectes se trouve abrogé par l'autre, alors que ce dernier arrive aux mêmes résultats par d'autres voies.

Les résultats de ces investigations sur les opinions des jurisconsultes romains peuvent se résumer ainsi :

1. La règle : *plures eandem rem in solidum possidere non possunt* a été admise de tout temps.

lateurs aient rapporté ce passage à l'usucapion, puisqu'il avait originairement en vue l'interdit *utrubi*. Mais de même qu'il n'y a qu'une seule possession, de même aussi il n'y a qu'une seule ACCESSIO *possessionis*. Toute accession, quel que soit son but, suppose uniquement un rapport de succession juridique entre le possesseur antérieur et le possesseur actuel. La possession comme telle ne saurait admettre de succession (p. 22), il ne peut en être question que lorsque, en dehors de l'existence de la possession, on requiert encore une autre condition, par exemple, la durée pendant un certain temps, comme pour l'interdit *utrubi* et pour l'usucapion. Or, cette accession est toujours la même, sans égard aux différentes applications spéciales.

(1) L. 13, § 9, *de poss.* « *Si jussu judicis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit.* » — La règle s'applique, en général, à tous les cas où une succession se trouve fondée en droit; par exemple, en vertu du contrat de vente, et où la restitution de la possession a dû être obtenue par voie de contrainte. GIPHANIUS, *in L. cit.* (*lectur. Altorph.*, p. 467).

(2) « ... *Si quis ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restituatur,* DESINIT POSSIDERE. » L. 17, § 1, *de poss.* — Ce passage et la L. 13, *de poss.*, sont extraits du même ouvrage d'ULPIEN, *ad edictum*. (Voyez Appendice, n° 47.)

2. Les exceptions à cette règle, qui seules donnaient lieu à quelques discussions, n'étaient guère importantes. (Voyez Appendice, n° 48.)

3. Dans la compilation de Justinien, elle figure comme règle générale.

4. Dès lors il ne peut plus être question d'exceptions dans le droit romain moderne ; dans tous les cas, aucune de ces exceptions ne pourrait être soutenue ici.

De là découlent deux principes très-importants, qui influent sur toute la théorie de la possession :

a. Lorsque les textes disent expressément qu'une possession ancienne continue d'exister, il en résulte qu'aucune possession nouvelle ne peut avoir commencé.

b. Au contraire, lorsque d'après les textes une possession nouvelle commence, il faut précisément pour cela que la possession antérieure ait cessé.

Quelques exemples feront ressortir la valeur pratique de ces deux règles :

a. Exemple relatif à la première règle. Il est dit expressément que la possession d'un fonds, occupé clandestinement par un autre, dure jusqu'à ce que le possesseur antérieur ait acquis connaissance de cette occupation clandestine (1). Or, si l'auteur de celle-ci se voit expulsé violemment par un tiers, ce tiers devrait, d'après les règles générales, acquérir immédiatement la possession (section 2e); en vertu de notre première règle, il n'en sera rien.

b. Exemple relatif à la seconde règle. Il a été dit plus haut, aux pages 95 et 96, que l'emphytéote et celui qui occupe un *ager vectigalis* devaient être considérés comme possesseurs juri-

(1) Voyez, plus bas, notre 3e section.

diques. Le droit romain ne dit rien du propriétaire en pareil cas : en vertu de notre règle, il doit être considéré comme ayant cessé de posséder.

Ces deux principes ne constituent pas des modifications juridiques de l'idée de la possession ; ils résultent seulement de sa notion première (1) ; mais ils peuvent être mis en rapport avec une autre fiction, et c'est ce qui est arrivé dans l'exemple que nous venons de donner ici.

Parmi les jurisconsultes modernes, les divergences d'opinions sur ce point ont été bien plus grandes encore que chez les Romains, parce que chez eux, à la différence de ces derniers (2), nous rencontrons des notions tout à fait fausses de la *possessio* et de ses subdivisions ; de là grande confusion sur toute la question. Plusieurs cependant ont défendu avec talent les vrais principes (3). Quelques-uns ont enseigné diamétralement le contraire (4) ; la plupart ont voulu concilier les deux extrêmes en

(1) Voyez, à ce sujet, les pages 153 et 154.

(2) Ce point est du reste lui-même contesté. Ainsi MERILLUS (*observ.* L. 2, c 31) appelle toute la controverse des jurisconsultes romains une querelle de mots : ce que les uns appelaient *possessio civilis* et *naturalis*, d'autres l'auraient exprimé par les mots *possidere* et *in possessione esse*. (Voy., plus haut, p. 122.)

(3) CUJAS, *in observ.* L. 9, c. 32 et L. 5, c. 22. *Id. in* L. 3, § 5, *de poss.* (*opp.*, t. 5, p. 708, et t. 8, p. 257). OBRECHT, *de poss.*, cap. 8. TURAMINUS, *de subst. poss.*, c. 1-3 (*opp.*, p. 235-259). MERENDA, *in contr.* L. 12. c. 13, 23 (le meilleur de tous). VALENTIA, *in ill. jur. Tract.* L. 1, tr. 2, c. 3. RAMOS, *de poss. Prætermiss.*, c. 1 (*ap.* Meerm., t. 7, p. 84). RETES, *de poss.*, p 1, c. 2 (*ib.*, p 463).

(4) « *Martinus cum suis Gosianis* » (*Glossa in* L. 3, pr. *uti poss.*). Il faut ranger dans la même catégorie ceux qui n'ont admis quelques distinctions que pour la forme seulement et afin de ne pas heurter de front les décisions des sources ; par exemple, ZASIUS, *in* L. 3, § 5, *de poss.* (*opp.*, t. 3, p. 111-116. cf. p. 125, 132, 133, 153) et OPPENRITTER, *in summa poss.*, p. 2, c. 3.

recourant à des distinctions : ils ont ainsi en partie adopté, en partie rejeté la *possessio plurium* (1). — Vaconius et Galvanus ont admis la possibilité non-seulement de plusieurs possessions simultanées, mais même de plusieurs usucapions. Après la fin de la première, disent-ils, l'autre n'en continue pas moins, et lorsque cette seconde se trouve accomplie, la propriété acquise par la première est de nouveau enlevée. La glose a déjà apprécié cette opinion à sa juste valeur (2). — L'opinion la plus extraordinaire est celle de Westphal (3). Après s'être complétement trompé sur la manière de voir des jurisconsultes romains, il se prononce de la manière suivante : « Il ne s'agit là que de con-« clusions théoriques qu'ils croyaient avoir déduites des lois et « de la nature des choses, conclusions qui ne nous obligent en « rien du moment où elles sont erronées. » Il propose ensuite aux Romains l'exemple suivant : Je m'empare violemment de la possession d'autrui ; Caïus agit de même à mon égard, dès lors Caïus et moi nous possédons en même temps ! « Les anciens n'auront pas songé à cette hypothèse-là. »

La première règle à laquelle ce caractère exclusif de la pos-

(1) AZO *in lecturâ tit. uti poss.* et *in Summa tit. de poss.*, nos 10-15. *Glossa in* L. 3, § 5, *de poss.* ODOFREDUS, *in L. cit.* (fol. 55, 56). ALCIATUS, *in* L. 1, pr. *de poss.*, nos 64, 65. VACONIUS, *in declar.* 72, fol. 68. DUARENUS, *in* L. 3, § 5, *de poss.* (*opp.*, p. 853). GIPHANIUS, *in* L. 3, § 5, *de poss.* (*lect. Alt.*, p. 418). GALVANUS, *de usufructu*, c. 34, *in fine*. CUPERUS, *de nat. poss.*, p. 2, c. 13-21. Tout l'exposé de ce dernier est clair et exact, mais en terminant il en perd tous les fruits, parce qu'il lui manque une notion exacte de la possession. — La même opinion semble se retrouver dans c. 9, X, *de probat.*

(2) *Glossa in* L. 3, § 5, *de poss.* A propos d'une autre opinion, elle s'exprime de la manière suivante : « *ergo si omnes habeant bonam fidem... omnes usucapiunt :* QUOD EST ABSURDUM. »

(3) *Ueber die Arten der Sachen, Besitz*, etc. P. 2, cap. 2, § 65.

session a donné lieu, relativement à la manière de l'acquérir et de la perdre (1), a ordinairement été exprimée dans la forme suivante : La possession, pour pouvoir être acquise, doit être *vacua*. En effet, dans le cas de translation volontaire, comme dans celui d'acquisition violente, la possession devient *vacua* au moment de l'acquisition ; là où cela n'arrive pas, par exemple dans le cas d'occupation clandestine, notre principe rend l'acquisition de la possession impossible, de sorte que cette manière de dire exprime parfaitement bien l'application de ce principe (2). Plusieurs auteurs ont fait entrer cette idée dans la définition même de la possession (3). Quoique cela ne donne lieu à aucune conséquence pratique erronée, cette opinion a cependant le tort de faire considérer comme un élément constitutif de la notion de la possession une circonstance d'une nature purement négative. Les Romains eux-mêmes emploient cette expression (*vacua*) dans un sens analogue, mais plus restreint, lorsqu'il s'agit de la tradition d'un fonds, pour exprimer qu'un tiers ne le possède pas *animo*. Elle était donc déjà anciennement en usage (4). Dans les sources nous la rencontrons souvent (5), et pendant tout le moyen âge elle se présente dans les documents relatifs aux ventes et aux traditions (6). Elle est surtout fréquente dans les actes de vente,

(1) Voyez, plus haut, pages 165, 166.

(2) OBRECHT, *de possessione*, cap. 8.

(3) OBRECHT, *de possessione*, cap. 2, § 43 « *... possessionem esse detentionem rei* VACUÆ... » cf. § 89.

(4) CICÉRON, *pro Tullio*, cap. 13, « *neque tamen hanc centuriam Popilianam* VACUAM TRADIDIT. » *Auct. ad Heren.* IV, 29 : « *necesse est te aut* VACUUM POSSEDISSE... VACUUM, *cum ego ade sem, possidere non potuisti.* Une allusion à cette expression se trouve dans CICÉRON, *de Orat.* III, 31. *Quinctiliani declamat.* XII, 4.

(5) BRISSONIUS, v. *Vacuus*.

(6) MARINI *papiri diplomatici*, p. 331, note 17.

où elle a même une portée un peu plus étendue, à raison de la nature particulière de ce contrat. Ainsi le vendeur n'est pas considéré comme ayant livré la *vacua possessio* dans le sens du contrat de vente, lorsqu'un tiers est envoyé en possession de la chose (1), quoique cette *missio in possessionem* ne soit pas une véritable possession, qu'elle n'empêche donc pas la possession du vendeur, la tradition et la transmission de la propriété.

Cuperus a le premier précisé les règles (2) qu'auparavant on n'exprimait pas du tout, ou qu'on désignait seulement par l'expression VACUA *possessio;* mais il ne fait de ces règles, et de la notion parfaitement juste qu'il a de tout ceci, qu'un usage tout à fait restreint et incomplet. (Voyez Appendice, n° 49.)

§ 12.

DE LA *JURIS QUASI POSSESSIO.*

C'est maintenant seulement que nous pourrons justifier d'une manière complète le plan de l'étude qui va suivre. Les effets juridiques de la possession sont l'usucapion et les interdits (§ 2); mais quant à l'usucapion, ce n'est pas la possession seule qui la produit, il faut à celle-ci, dès le principe, d'autres conditions encore; les interdits, au contraire, n'exigent absolument que l'existence de la possession, le trouble dont elle serait l'objet autorise toujours à les invoquer (§ 7, n° 3).

Le seul droit que la possession donne donc par elle-même, c'est le droit d'invoquer les interdits : dès lors c'est la théorie des interdits que nous aurons à exposer. Il ne sera par conséquent plus question de l'usucapion; cependant il est clair que tout ce

(1) L. 2, § 1, *de act. empti.*
(2) *De nat. poss.*, p. 2, c. 19.

que nous dirons s'y rapporte aussi intimement, puisque la même possession sert de base à l'usucapion et aux interdits. C'est dans la théorie de la propriété qu'il faut parler des conditions qui doivent s'ajouter à la possession pour rendre possible l'usucapion. Mais de ce rapport intime entre la possession et l'usucapion, il résulte que les textes relatifs à celle-ci sont importants aussi en matière de possession. Nous avons déjà profité de cette observation dans notre indication des sources.

C'est donc une partie de la théorie des obligations que nous avons à exposer ici (§ 6), et pour remplir notre tâche nous aurons deux questions à résoudre. Première question : Quand y a-t-il possession, c'est-à-dire quand faut-il admettre ce genre de rapport qui seul rend possible cette *obligatio ex delicto?* — Seconde question : Quelle autre circonstance faut-il encore pour que cette obligation prenne réellement naissance (1), c'est-à-dire de quelle manière faut-il que la possession soit troublée pour que ce trouble puisse donner lieu à cette obligation? — La première de ces questions se subdivise elle-même en ces deux autres : Comment acquiert-on la possession (2e section) et comment la possession acquise peut-elle se perdre (3e section)? La deuxième question se résoudra par l'exposé des diverses espèces d'interdits (4e section), car ils correspondent aux différentes espèces de trouble.

(1) Il est à peine nécessaire de faire remarquer que cette seconde question n'a pas pour effet d'établir une assimilation entre la possession donnant droit aux interdits et celle qui produit l'usucapion. Pour celle-ci il faut, sans doute, aussi, que certaines conditions viennent se joindre au fait pur et simple de la possession ; mais ce sont là des qualités spéciales inhérentes à la possession, tandis qu'ici il ne s'agit que du genre de trouble, ce qui n'influe en aucune façon sur la nature même de la possession.

Jusqu'ici cependant nous n'avons rien dit d'un principe particulier en matière de possession, principe que nous devons expliquer ici, puisque nous avons à préciser le point de vue sous lequel il faut envisager chaque partie de notre travail. J'ai en effet toujours parlé jusqu'à présent dans la supposition que la possession ne pouvait s'appliquer qu'à des choses corporelles. En droit romain aussi, ce principe n'est exprimé que rarement et d'une manière accidentelle seulement (1); mais il résulte d'une manière si évidente de l'ensemble de la doctrine romaine en cette matière, que, pour en douter, il faut avoir abordé cette étude avec une idée fausse préconçue. Toutefois on parle aussi d'une possession s'appliquant à des choses incorporelles. Nous avons donc à examiner ce que le droit romain et la doctrine moderne entendent par ce genre de possession.

Le droit aux interdits se base sur un trouble apporté illégitimement, par exemple par un acte de violence, à l'exercice du droit de propriété. Dès lors, si nous pouvons imaginer un autre droit dont le simple exercice puisse être troublé par un acte de violence, il sera logique de protéger contre ce trouble au moyen des mêmes interdits. Or, tel est le cas pour tous les éléments de la propriété, qui peuvent exister comme droits distincts et indépendants de la propriété elle-même. Tel est, par exemple, l'usufruit, et il est, à première vue, évident qu'un trouble se conçoit tout aussi bien dans l'exercice de ce droit que dans celui du droit de propriété. Il en est de même pour toutes les autres servitudes et pour le droit de superficie, en un mot pour tous ces droits que l'on désigne par l'expression *jura* ou *jura in re;* droits que l'on oppose, comme parties constitutives de la

(1) L. 3, pr. *de poss.* « *Possideri autem possunt quæ sunt corporalia.* » L. 4, § 27, *de usurp.* : « *quia nec possideri intelligitur jus incorporale.* »

propriété, au *dominium* qui, lui, comprend la totalité de tous les droits réels réunis. Nous avons démontré (1) que l'*animus domini*, et, par conséquent, la vraie possession, ne pouvaient se concevoir dans le chef de celui qui exerce ces droits. Mais l'exercice peut en être troublé par un acte de violence, tout aussi bien que l'exercice de la propriété elle-même; et dès lors nous trouvons là un rapport possible entre la possession et des droits autres que la propriété. Or, ce rapport se trouve réellement consacré en droit romain. De même donc que l'exercice du droit de propriété constitue la véritable possession, de même aussi l'exercice d'un *jus in re* produit cette analogie de la possession. Et de même que dans la possession véritable c'est la chose et non le droit de propriété que l'on possède (*possessio* CORPORIS), de même aussi l'on ne devrait pas ici parler de la possession d'une servitude (*possessio* JURIS). Toutefois nous n'avons pas, dans ce cas, d'autre mot auquel nous puissions rattacher la possession, comme en matière de propriété elle se rattache directement à la chose possédée; nous ne pouvons donc éviter d'employer cette expression impropre, il faudra seulement se garder d'oublier l'inexactitude de cette manière de dire, qui n'a d'autre but que de désigner l'exercice d'un *jus in re*, exercice qui n'est à ce *jus in re* que ce que la possession est à la propriété. Les jurisconsultes romains avaient de tout cela une notion très-précise: voilà pourquoi ils paraissent avoir attaché si peu d'importance à fixer la terminologie à employer. Tantôt ils nient absolument l'existence d'une possessiou dans des cas de ce genre (2), tantôt

(1) Voyez, plus haut, pages 94 et suiv.

(2) « NEQUE USUSFRUCTUS NEQUE USUS POSSIDETUR, *sed magis tenetur.* » L. 1, § 8, *quod legat. Add.* L. 4, § 27, *de usurp.* — L. 32, § 1, *de servit. præd. urb.*

au contraire ils l'admettent positivement (1), ailleurs enfin l'impropriété du terme employé est désignée par les mots *quasi possidere, quasi in possessione esse* (2).

Dans ce que nous appelons ainsi possession de choses incorporelles, il faut soigneusement éviter deux genres de confusion. D'abord il se peut que dans le chef d'une seule et même personne il soit question de *possessio corporis* et de *possessio juris*. Il importe alors de distinguer soigneusement ces deux possessions l'une de l'autre, et c'est pour ne pas l'avoir toujours fait qu'on a souvent singulièrement embrouillé la notion de la possession. Ainsi, par exemple, l'usufruitier n'a certes pas, au point de vue de la propriété, la possession juridique de la chose ; sa possession est donc simplement *naturalis* (3), et la possession juridique dans le chef du propriétaire n'est pas plus empêchée par l'usufruit qu'elle ne le serait par un simple bail. Mais cet

(1) « JUS *fundi* POSSEDISSE. » L. 7, *de itin.* — « JUS POSSEDIT. » L. 2, *comm. præd.* — « POSSESSIONEM *vel corporis vel* JURIS. » L. 2, § 3, *de precar.* — « *Nemo ambigit* POSSESSIONIS *duplicem esse rationem : aliam quæ* JURE CONSISTIT, *aliam quæ* CORPORE. » L. 10, C. *de poss.* Les mots *consistere jure, corpore* signifient avoir pour objet un *jus* ou un *corpus*. CUPERUS (P. 1, C. 4) a parfaitement développé cette interprétation et on peut la considérer comme la meilleure partie de son travail.

(2) « *Ususfructus nomine* QUASI IN POSSESSIONE. » L. 3, § 17, *de vi.* — « *Ususfructus* QUASI POSSESSIO. » L. 23, § 2, *ex quibus causis majores.* — « *Longa* QUASI POSSESSIONE *jus aquæ ducendæ nactus.* » L. 10, pr. *si serv. vind.* — *Quasipossessio*, en un seul mot, ne se rencontre nulle part. *Quasi* est toujours employé adverbialement, comme dans *obligatio quasi ex contractu*, et il n'y a pas un seul cas dans lequel il n'exprime, comme le mot allemand *gleichsam*, une certaine analogie, une ressemblance. » Voy. WEBER, *von der natürl. Verbindl.*, § 25, note 1. (C'est ce que nous pouvions encore dire dans la deuxième édition de cet ouvrage ; depuis lors, l'expression *quasipossessio* se trouve autorisée par la découverte de Gaius, lib. 4, § 139.

(3) L. 12, pr. *de poss.*

usufruitier a la possession juridique de son *droit* d'usufruit, et c'est à ce titre qu'il faut sans contredit lui accorder les interdits possessoires. En rattachant à tort cette *possessio* NATURALIS au droit d'invoquer les interdits, Bassien est tombé dans une double erreur (p. 124). Il appelle d'abord *possessio naturalis* la possession qui donne droit aux interdits; ensuite il attribue à l'usufruitier la possession juridique de la chose, comme il faut le faire pour le créancier gagiste. Ces deux erreurs durent mener infailliblement à une troisième, qui consiste à admettre simultanément deux espèces de possessions juridiques, une *civilis* et une *naturalis* (p. 168). — La seconde confusion qu'il faut s'attacher à éviter est celle-ci. Nous parlerons plus loin d'une *possessio ususfructus* et d'une *possessio hereditatis* (ou *bonorum*), c'est-à-dire, de cet usufruit et de cette hérédité qui n'existent qu'en vertu de l'Édit du préteur et non pas en vertu du droit civil. Nous avons aussi déjà parlé d'une JURIS POSSESSIO, à propos de l'*hereditatis petitio*, et d'une LIBERTATIS et SERVITUTIS POSSESSIO, à propos du *liberale judicium* (1). Mais tout cela n'a aucune espèce d'analogie ave la *juris quasi possessio* qui nous occupe ici, puisque, dans ces différents cas, le mot *possessio* ne désigne plus la possession, mais tantôt un droit reconnu seulement par le préteur, tantôt la qualité de défendeur.

Parmi nos jurisconsultes, un grand nombre a fort mal compris cette partie de la théorie de la possession. En oubliant le sens spécial que les Romains attachaient au mot JUS (*in re*), on a pris la *juris quasi possessio* dans le sens de l'exercice d'un droit quelconque (2). Sans doute, tout droit est susceptible d'être exercé;

(1) Voyez, plus haut, page 86.

(2) Il faut reconnaître cependant que chez la plupart le droit canon a été une des causes de cette erreur; nous en parlerons plus loin.

mais tout droit n'admet pas nécessairement la possibilité d'une usucapion ou d'un trouble par un acte de violence ; et cependant ce sont là les deux seuls points de vue sous lesquels on puisse avoir à s'occuper de l'exercice d'un droit dans le sens juridique. — En suivant ces errements, Hommel (1) est arrivé à se poser cette question, qu'il déclare lui-même insoluble : Pourquoi le médecin que l'on cesse d'employer ne doit-il pas être maintenu dans son droit de traiter le malade? Spangenberg (2) a tellement étendu le cercle de son raisonnement, qu'il considère avant tout le droit de propriété comme pouvant être l'objet de cette *quasi possessio*. Mais puisque la possession doit, elle aussi, être considérée comme un droit, nous ne voyons pas pourquoi il n'y aurait pas aussi une POSSESSIONIS *quasi possessio*. Cette possession à la seconde puissance pourrait à son tour encore faire l'objet d'une possession, et ainsi de suite à l'infini. Sibeth est ici, comme partout, très-original : il nie toute JURIS QUASI POSSESSIO (3), et maltraite singulièrement les jurisconsultes qui osent l'admettre; il va sans dire qu'ici, comme ailleurs, il ne sait pas de quoi il est question (4).

Il faudra donc ajouter encore à la théorie de la possession (sections 2°-4°), la théorie de l'application de ses principes aux *jura in re* (section 5°).

Cela n'épuise toutefois pas encore notre sujet. La notion de la

(1) *Rhapsod.*, 489.

(2) *Vom Besitz*, § 102.

(3) Un de ses meilleurs arguments est celui-ci (*Vom Besitz*, p. 80) : « La liberté naturelle renverse tout, car elle se base non-seulement sur la raison, mais aussi sur les lois. » Si telle est la conduite de la liberté naturelle, il importe de la dépouiller de sa liberté naturelle.

(4) Voy. ROSSHIRT. *zu der Lehre vom Besitz und insbesondere von der Q. asipossessio*. Cet ouvrage parait très-confus. (Note de la 7e édition.)

possession et les droits qui en découlent ont subi diverses modifications dans les législations modernes. Pour qu'une théorie de la possession puisse présenter une utilité pratique quelconque, il importe donc d'ajouter à l'ensemble des principes romains l'exposé de ces modifications, moyennant lesquelles ces principes acquièrent pour nous une valeur pratique. Cette dernière partie de notre travail (section 6e) ne sera d'ailleurs pas sans importance au point de vue de la connaissance exacte des principes du droit romain. On ne peut en effet mieux distinguer l'essentiel de l'accessoire que lorsque, tout en conservant les principes fondamentaux, on se borne à en modifier les conditions d'application.

Le plan de notre travail est donc celui-ci. Nous exposerons d'abord d'une manière complète les principes romains (sections 2e-5e), et nous ajouterons ensuite les modifications des législations modernes (section 6e). Ce que nous dirons du droit romain concerne soit la possession elle-même (sections 2e-4e), soit l'application de ses principes aux *jura in re* (section 5e). Quant aux droits découlant de la possession, ils reposent en partie sur l'existence même de la possession (sections 2e et 3e), en partie sur les diverses espèces de troubles dont elle peut être atteinte (section 4e).

§ 12, *a*.

HISTOIRE DE LA POSSESSION.

Il nous reste à répondre à une question du domaine de l'histoire du droit. Comment est-on arrivé à protéger par des interdits la possession en elle-même, indépendamment de tout droit quelconque sur la chose possédée? — On pourrait croire en effet que le droit de propriété eût dû se suffire à lui-même, et que le besoin d'une possession distincte et de ses interdits n'eût pas

dû se faire sentir, surtout chez un peuple qui, comme le peuple romain, avait de tout temps et jusqu'à ce que les guerres civiles eussent complétement corrompu les mœurs primitives, incliné bien plus vers un ordre de choses légal que vers des actes de violence. Comment donc les Romains, peut-être de fort bonne heure déjà, sont-ils arrivés à considérer la possession comme la base d'interdits spéciaux?

N'avaient-ils peut-être d'autre but que de préparer et de régulariser le procès en revendication, en déterminant la personne du demandeur et du défendeur? — Mais il y avait pour cela, en matière de propriété, une procédure spéciale : *manus consertæ* (1). — Ou bien, ces interdits avaient-ils pour mission de protéger l'usucapion commencée, mais non encore terminée (2)? — Mais alors il eût été plus naturel de leur imposer exactement les mêmes conditions qu'à l'usucapion, ainsi qu'on l'avait fait pour la *Publiciana actio*, tandis que la possession, même sans *bona fides* et sans *justa causa*, donne droit aux interdits. D'autre part, si l'usucapion avait été la cause déterminante qui fit admettre les interdits, le domaine de ceux-ci aurait dû être tout aussi étendu que celui de l'usucapion, et ils auraient dû s'appliquer aux choses mobilières aussi bien qu'aux immeubles. Loin de là, les interdits les plus importants, *interdicta recuperandæ possessionis*, ne s'appliquaient qu'aux seuls immeubles (3), et ne protégeaient par conséquent l'usucapion que d'une manière bien imparfaite.

(1) Nous avons eu déjà, à la fin du § 2, l'occasion de parler du rapport entre les interdits et la revendication : nous en traiterons plus en détail au § 36.

(2) J'avais autrefois admis cette opinion. Voy. ma 2e éd., p. 68.

(3) Ce point est clair pour l'*int. de vi*; quant aux autres, nous en parlerons plus loin, §§ 41, 42.

Niebuhr a expliqué l'origine de la possession d'une manière parfaitement satisfaisante (1). Il y avait, sous la république, deux espèces de fonds de terre, l'*ager publicus* et l'*ager privatus;* ce dernier seul était susceptible de propriété. Quant à l'*ager publicus*, la possession et la jouissance en étaient, d'après l'ancienne constitution, abandonnées pour la plus grande partie aux citoyens romains, de telle sorte toutefois que la république conservait toujours le droit de retirer à volonté ces concessions. Or, nous ne trouvons nulle part de forme juridique spéciale pour cette possession de l'*ager publicus*, conférée à des particuliers, possession qui se présentait cependant si souvent et jouait un rôle si important dans l'ancienne Rome. Et pourtant l'amour des Romains pour la légalité ne nous permet pas de douter que cette possession n'ait été reconnue en droit, et notamment que le possesseur n'ait été protégé contre les actes arbitraires qui auraient pu troubler sa possession. Admettre que la possession, telle que la présupposent les interdits, n'était autre chose que la forme légale donnée à ces concessions de l'*ager publicus*, ce serait résoudre deux problèmes à la fois : on aurait trouvé le but originaire, l'occasion déterminante de la possession, et indiqué aussi la forme légale qu'empruntait la jouissance de l'*ager publicus*.

Si nous n'avions que ces raisons à invoquer, nous resterions en présence d'une hypothèse qui ne reposerait que sur sa vraisemblance intrinsèque. Mais elle s'appuie aussi sur les preuves les plus graves :

1° Avant tout, il faut remarquer que *possessio*, *possessor* et *possidere* étaient, au témoignage d'un grand nombre de textes

(1) NIEBUHR, *Histoire romaine*, partie 2, p. 161 et suiv., 170 et suiv. de la 2e édition.

appartenant aux époques les plus diverses, les expressions consacrées pour désigner la possession et la jouissance de l'*ager publicus* (1). Cette similitude entre la terminologie consacrée en matière de possession et celle de l'*ager publicus* ne saurait certes s'expliquer d'une manière plus simple et plus satisfaisante qu'en admettant, comme nous le faisons ici, l'identité originaire des deux objets.

De cette manière s'expliqueront encore différentes autres acceptions du mot *possessio*, qui dès lors vont se rattacher les unes aux autres d'une manière très-simple et même nécessaire. C'est ainsi que *possessio* désigne souvent le droit de succession, ou aussi une servitude, lorsque ces droits ne sont pas reconnus par le droit civil, mais seulement par le *jus gentium*, lequel droit des gens a souvent été consacré par l'Édit du préteur. Tels sont les cas suivants :

a. A propos du *damnum infectum*, le préteur dit, en parlant du deuxième envoi en possession qui pouvait s'y présenter :

(1) NIEBUHR a réuni un grand nombre de passages, 2e partie, p. 359 et 360 (p. 161 de la 2e éd.). J'en ajoute quelques-uns : Tite-Live, VII, 16. « *Eodem anno C. Licinius Stolo... est damnatus, quod mille jugerum agri cum filio* POSSIDERET, *emancipandoque filium fraudem legi fecisset.* » Tous les autres auteurs qui racontent ce fait se servent du même terme. COLUMELLA, I, 3. PLINE, *Hist. nat.*, XVIII, 3. VALER. MAX. VIII, 6, 3. Mais ce dernier dénature complétement le fait, selon sa coutume, en transformant l'émancipation du fils en une inconcevable émancipation de la terre au profit du fils : « *dissimulandique criminis gratia dimidiam partem* FILIO EMANCIPAVIT. » Un des passages les plus importants, puisé évidemment à bonne source, est celui d'OROSIUS, V. 18 (*ad a.* 661) : « *Namque eodem anno...* LOCA PUBLICA *quæ in circuitu Capitolii pontificibus, auguribus decemviris, et flaminibus* IN POSSESSIONEM TRADITA ERANT, *cogente inopia* VENDITA *sunt,* » ce qui signifie que ces concessions furent retirées et la terre transformée en *ager privatus*.

possidere jubebo (1). Or, ce mot *possidere* désigne ici la propriété bonitaire avec la *conditio usucapiendi* (2).

b. Lorsqu'un usufruit n'existait pas en vertu du droit civil, mais seulement d'après le droit prétorien, on le désignait par l'expression POSSESSIO *ususfructus*, par opposition au DOMINIUM *ususfructus* ou à l'usufruit *qui jure consistit* (3).

c. L'expression *hereditatis* ou *bonorum* POSSESSIO s'explique de la même manière. Elle n'implique nullement la possession des choses qui constituent la succession ; elle désigne seulement la nature particulière de l'hérédité en droit prétorien (4). L'héritier selon le droit prétorien, en effet, n'est pas *heres*, mais, grâce à une fiction, il est traité comme s'il l'était (5), de sorte que la *bonorum possessio* est à l'*hereditas* ce que la propriété bonitaire est à la propriété quiritaire.

Or, cette acception du mot *possessio* est resultée fort naturellement de celle que nous avons indiquée d'abord et qui désigne le droit de jouissance de l'*ager publicus*. Tous ces différents cas ont en effet cela de commun qu'en dehors d'un droit strict de propriété (*ex jure Quiritium*), il se produisait quelque chose d'analogue et d'équivalent en pratique, c'est-à-dire un droit positif et exclusif d'une personne à la jouissance et à l'usage d'une chose. Quelque différents d'ailleurs que ces droits pussent être entre eux, ce point de ressemblance commun à tous pouvait fort bien donner lieu à une désignation commune. C'est sans

(1) L. 7, pr. *de damno inf.*

(2) L. 15, §§ 16, 17, *de damno inf.* L. 18, § 15, *eod.* L. 3, § 23, *de poss.*

(3) L. 3, *si usufr. petatur* (cf. L. 1, pr. L. 4, L. 29, § 2, *quibus modis usufr.* L. 29, *de usu et usufr. leg.*)

(4) L. 3, § 1, *de bon. poss.*

(5) ULPIEN, XXVIII, 12.

doute en vertu d'une analogie tout à fait semblable que le droit sur un fonds provincial aura aussi été appelé *possessio*. (Voyez Appendice, n° 50.)

Cette acception du mot *possessio* a plus tard passé du droit à l'objet même de ce droit. C'est ainsi que Javolenus nous dit, dans un passage très-remarquable, que *ager* et *possessio* sont en droit deux choses distinctes : *ager* est un fonds de terre dont on a la propriété quiritaire, tandis que *possessio* désigne, soit un fonds dont, par suite d'une circonstance accidentelle, nous n'avons que la propriété bonitaire (par exemple un *fundus Italicus*, acquis par simple tradition), soit aussi un fonds qui ne peut jamais, à raison de sa nature, faire l'objet d'un droit de propriété quiritaire (1). Ces derniers mots s'appliquaient sans doute chez lui aux fonds provinciaux ; mais ils conviennent tout aussi bien à l'ancien *ager publicus*.

Cette manière d'expliquer historiquement l'origine de la possession a pour effet de relier intimement les unes aux autres plusieurs acceptions tout à fait spéciales du mot *possessio* (2), et c'est là certes un argument puissant en sa faveur.

2° C'est ainsi que s'explique aussi d'une manière bien simple

(1) L. 115, *de verb. sign.* « *Possessio ab agro juris proprietate distat : quidquid enim adprehendimus, cujus proprietas ad nos* NON PERTINET, *aut nec* POTEST PERTINERE, *hoc possessionem appellamus. Possessio ergo usus, ager proprietas loci est.* » ALCIAT a longuement commenté ce passage (*de quinque pedum præscript.*, n°s 76-119 et sur la L. 115, *de verb. sign.*, au t. 3 de ses œuvres, p. 350, et au t. 2, p. 987), mais il l'a mal compris à plus d'un point de vue ; ses adversaires ont été encore plus embarrassés que lui (*Opusc. de latinit. Ic. ed.* DUKER, p. 64, 70, 85). BRISSONIUS a, le premier, donné la véritable explication de ce passage (*Select. antiq.* IV, 1) et la plupart des auteurs l'ont suivi.

(2) On pourrait aller encore plus loin et vouloir en déduire pour le mot *possessio* le sens de propriété en général (voy., plus haut, p. 83), si la déduction indiquée n'était pas si naturelle. C'est ce qui ressort encore

une circonstance qui sans cela nous paraîtrait bien singulière, celle que les interdits *recuperandæ possessionis* ne s'appliquaient qu'aux immeubles et non aux choses mobilières. C'était un reste de l'ancienne destination de la *possessio*, laquelle concernait exclusivement l'*ager publicus* (1).

3° Le *precarium* aussi, que les sources nous présentent d'une manière si peu claire, reçoit ici une signification très-précise, qui nous explique ses particularités. Il désigne la condition du client qui occupait, en qualité de vassal, la *possessio* du patron. Le patron pouvait arbitrairement donné congé au client, et l'*interdictum de precario* avait pour but d'obliger ce dernier à partir, lorsqu'il ne voulait pas quitter de bonne grâce (2).

4° Nous trouvons là aussi une explication historique de cette inconséquence que nous avons signalée plus haut, et qui consiste en ce que le fermier d'un *ager vectigalis*, quoiqu'il n'ait qu'un *jus in re*, doive cependant être considéré comme véritable possesseur de la chose (3). L'*ager vectigalis* fut en effet formé sur le modèle de l'ancien *ager publicus*, et quelque nombreuses et importantes que fussent les différences entre eux (4), il n'en est pas moins naturel que, sans autre raison, cette analogie ait suffi pour faire étendre mainte règle de droit de ce dernier à l'*ager vectigalis*. Or, comme la possession devait même son

bien clairement de la terminologie allemande où *Besitz* et *Besitzung* ont reçu la même signification, certainement sans aucune influence de l'*ager publicus* des Romains.

(1) Je ne prétends nullement que l'on ne saurait donner absolument aucune autre explication de ce fait. Il ne faut pas oublier, en effet, que, pour les choses mobilières, on est en général garanti par d'autres actions qui ne se basent pas sur la possession (§ 40). (Note de la 4e éd.)

(2) Voyez, plus bas, § 42.

(3) Voyez, plus haut, page 97.

(4) NIEBUHR, 2e partie, p. 166 de la 2e édition.

origine à l'*ager publicus*, il était naturel de la conserver dans l'*ager vectigalis*, qui est une forme nouvelle donnée à l'ancien *ager publicus*. Cette explication s'accorde certes parfaitement avec l'attachement pour les formes anciennes que l'on retrouve partout dans l'ancien droit romain. (Voyez Appendice, n° 51.)

5° Voici maintenant comment tout ceci se tient. En principe, et dès les temps les plus anciens, le sol était susceptible de deux espèces de droits : la propriété de l'*ager privatus* avec la revendication, et la *possessio* de l'*ager publicus* garantie d'une manière analogue, telle que nous la trouvons aujourd'hui dans les interdits prétoriens. — Plus tard le préteur sanctionna ce droit dans son Édit, et de cette manière naquirent les interdits prétoriens, sans altération sensible peut-être des règles de droit. — De même, à une époque plus récente, on trouva convenable d'étendre cette *possessio*, dont l'*ager publicus* avait provoqué l'existence, à l'*ager privatus* qui n'en avait pas un besoin aussi impérieux, et qui en eût difficilement été la cause première. Cette application à l'*ager privatus* est la seule que nous retrouvions dans nos sources, où l'*ager publicus* est presque complétement inconnu. Il nous est impossible de savoir si cette extension fut antérieure ou postérieure à l'insertion des interdits dans l'Édit, et de connaître la manière dont celui-ci envisagea et traita cette matière. Tout ce que nous savons d'une manière certaine, c'est qu'à l'époque de Cicéron, les interdits possessoires étaient déjà introduits. Nous trouvons cependant, même dans l'Édit, quelques traces de l'ancien rapport entre la *possessio* et l'*ager publicus*. Telle est, par exemple, la forme des interdits que l'on choisissait pour la *possessio* et en même temps pour le *locus publicus*, *flumen publicum*, et autres. Il en résulte que ces diverses matières se trouvaient traitées les unes à coté des

autres dans l'Édit, comme elles le sont encore dans les Pandectes. Une seconde trace se retrouve dans la formule de l'interdit *uti possidetis*. Dans les Pandectes, elle est conçue ainsi : *uti* EAS ÆDES... *possidetis... vim fieri veto;* mais anciennement elle était conçue de la manière suivante : *uti nunc possidetis* EUM FUNDUM... *vim fieri veto* (1). Cette formule plus ancienne semble provenir encore du rapport primitif avec l'*ager publicus;* mais lorsque celui-ci s'effaça de plus en plus, on paraît avoir dit *ædes* au lieu de *fundum,* parce qu'en effet les maisons pouvaient être considérées à Rome comme l'objet le plus immédiat et le plus important de cette législation. (Voyez Appendice, n° 52.)

(1) FESTUS, v° *Possessio.* Il cite dès le commencement GALLUS ÆLIUS, où il a probablement puisé cette formule. — Récemment, HUSCHKE a essayé d'établir par des motifs spécieux que l'Édit renfermait deux formules distinctes pour cet interdit, l'une pour le *fundus,* l'autre pour les bâtiments, *ædes* (*Ueber die Stelle des Varro,* etc., p. 110 et suiv.).

SECTION DEUXIÈME.

ACQUISITION DE LA POSSESSION.

§ 13.

NOTIONS GÉNÉRALES.

L'objet de cette section nous est déjà indiqué par l'exposé que nous avons fait dans notre § 10 des éléments constitutifs de la possession. Toute acquisition de possession repose sur un acte physique, *corpus* ou fait, accompagné d'une volonté déterminée, *animus* (1). Le fait doit avoir pour effet de mettre celui qui veut acquérir la possession à même de pouvoir, à l'exclusion de tout autre, traiter la chose comme bon lui semble, c'est-à-dire de pouvoir exercer sur elle le droit de propriété. La volonté doit consister dans l'intention d'avoir réellement la chose en propre ;

(1) « *... Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.* » L. 3, § 1, *de poss.* — « *Possessionem adquirimus et animo et corpore...* » — PAUL, V, 2, § 1. — L. 8, *de poss.* — L. 153, *de reg. jur.*

toutefois lorsque la possession passe d'une personne à une autre en vertu d'un acte juridique, il suffit que l'on veuille cette seule translation, de sorte qu'ici la possession peut s'acquérir tout en reconnaissant le droit de propriété dans le chef d'une autre personne.

Mais la possession est considérée comme un droit : or, tout homme peut acquérir des droits, non-seulement par ses actes propres et personnels, mais aussi par les actes de ses enfants et de ses esclaves (1); et même, en dehors de ces deux cas, la possession peut nous être acquise par d'autres personnes encore (2). Dans tous ces cas, où la possession nous est ainsi acquise par d'autres que nous, on suit les mêmes règles que pour l'acquisition par nos actions propres; il s'agit seulement de déterminer leur mode d'application.

Dans cette section, nous aurons donc à étudier les objets suivants :

1. L'acte physique, condition première de toute possession.

2. La volonté qui doit accompagner cet acte, soit dans l'acquisition d'une possession originaire, soit aussi dans l'acquisition d'une possession dérivée.

3. L'application de ces règles à l'acquisition faite par l'intermédiaire d'une autre personne.

Ce n'est qu'à la fin de cette section que nous pourrons préciser d'une manière complète en quoi l'acquisition de la possession diffère de celle des divers autres droits.

(1) Pr. I. *per quas personas*.
(2) § 5, I. *per quas personas*.

§ 14.

APPRÉHENSION DE LA CHOSE.

Rien, dans toute la théorie de la possession, ne paraît plus simple et plus facile à préciser que la nature de l'acte physique (*apprehensio*), requis pour l'acquisition de la possession, et cependant aucune partie du droit romain n'a été aussi généralement mal comprise que celle-ci. Tous les auteurs ont pris cet acte physique dans le sens d'un attouchement immédiat, et n'en ont donc admis que deux espèces : saisir de la main une chose mobilière, et poser le pied sur un immeuble. Toutefois, comme nous trouvons en droit romain un grand nombre de cas où la possession s'acquiert au moyen d'un acte physique sans doute, mais sans attouchement immédiat, on a considéré ces actes comme des actes symboliques qui, grâce à une fiction juridique, représenteraient le fait d'appréhender réellement la chose (*actus adscititii, apprehensio ficta*). Cette manière de voir étant généralement admise (1), on n'a jamais cru nécessaire d'en prouver

(1) Je dis « généralement » parce que les exceptions, indépendamment de leur peu d'importance, sont restées aussi sans influence. Ainsi quelques-uns, par suite d'erreurs provenant de leurs notions sur le droit naturel, sont arrivés à une idée tout à fait fausse, mais fort différente dans ses résultats, idée d'après laquelle tout reviendrait uniquement à une déclaration de volonté. Voyez dans ce sens : S. P. GASSER, *diss. de apprehensione possessionis. Hal.*, 1731 (ch. 1 et 2). BENI. PAUW., *diss. de apprehensione possessionis. Trajecti*, 1737 (ch. 1 et 2). — Déjà antérieurement nous trouvons des traces de cette opinion, par exemple, dans NOODT (*Probab.*, II, 6); cet auteur prétend même que les jurisconsultes romains ne se seraient pas entendus sur le principe de l'appréhension.

l'exactitude; aussi se présente-t-elle chez tous les auteurs à peu près dans les mêmes termes. Il est donc inutile d'en retracer l'histoire; il suffit de faire remarquer que cette opinion se trouve déjà chez les glossateurs (1), et que Doneau lui-même n'en est pas exempt (2).

Or, nous avons montré plus haut, au § 5, que sans doute la possession s'admet souvent en droit romain sans qu'il y ait de détention physique. Il est donc certain que la possession peut être fictive, et la question à examiner est alors celle-ci : une telle fiction se présente-t-elle réellement dans l'acquisition de la possession, de sorte qu'une action symbolique puisse remplacer ici l'appréhension proprement dite (3)? Il n'est pas nécessaire de faire remarquer qu'il importe pour la théorie de la possession de résoudre cette question d'une manière satisfaisante. Les conséquences pratiques de la solution ne font pas défaut non plus, quoiqu'il ne s'agisse, pour le moment, que de l'explication juridique des différents cas désignés expressément dans nos sources comme constituant des acquisitions de possession. En effet, si ces différents cas ne se basent que sur une fiction juridique, il sera logique de les interpréter limitativement, et c'est ce que nos jurisconsultes n'ont pas manqué de faire, quoique les sources ne disent rien de semblables restrictions. Ainsi, toute acquisition de ce genre est déclarée impossible, lorsque l'acte est injuste et ne mérite par conséquent pas la faveur d'une fiction

(1) AZON. *Summa in Cod. tit. de poss.*, n^os^ 7 et 8 (f° 134).

(2) DONEAU. *Comment.* V, ch. 9.

(3) Ainsi la possession fictive est l'idée générale qui renferme comme espèce particulière la possession se basant sur une appréhension fictive. Plusieurs auteurs se sont donné fort inutilement beaucoup de peine pour réfuter cette proposition : ALCIAT., *in* L. 18, *de poss.*, num. 3 et 4 (p. 1245). DUARENUS, *in* L. 1, § 21, *de poss.* (p. 840).

juridique (1), ou lorsqu'il s'agit d'acquérir la possession, non pas par soi-même, mais par l'entremise d'une tierce personne (2). On va enfin jusqu'à n'admettre de semblable acquisition que dans le cas où la possession est transmise par tradition (3), ou même lorsque sa transmission n'est qu'une conséquence de l'acquisition de la propriété, laquelle devrait donc toujours, dans cette hypothèse, être simultanée (4). D'autres conséquences de cette doctrine concernent davantage le détail, et seront exposées plus loin.

L'invraisemblance de cette opinion se remarque à première vue, si l'on se rappelle comment en général les actions symboliques se présentent en droit romain. La mancipation, la manumission, la revendication, — tous ces actes dans lesquels nous trouvons réellement des formes positives, sont particulièrement propres au droit romain. Au contraire, dans tous les actes juridiques qui se rencontrent aussi chez les autres peuples, tels que la vente, le louage et d'autres transactions, on ne se servait pas de semblables formes positives. Or, la possession est par elle-même quelque chose d'encore bien moins juridique que les actes de cette seconde espèce; originairement elle n'a même absolument rien de juridique. Il est vrai qu'elle reçoit une valeur juridique sous deux rapports, entre autres sous celui de l'usucapion, qui est particulièrement propre au droit romain; mais précisément ici c'est la durée de la possession qui doit parfaire

(1) RETES, *de poss.*, p. 1, c. 2, § 18 (p. 463). — GOMEZ, *in leges tauri*, L. 45, num. 20-31, 45-90.

(2) ZASIUS, *in* L. 1, § 21, *de poss.* (p. 93) et *in* L. 18, *eod.* (p. 150). — VALENTIA, *in ill. jur. tract.* L. 1, tr. 2, c. 14.

(3) ALCIATUS, *in* L. 1, pr. *de poss.*, nos 56-61. — DONELLUS, *in comment.*, lib. 5, c. 9. — OBRECHT, *de poss.*, c. 6. — Nous verrons, au § 18, ce qu'il y a de vrai dans cette opinion.

(4) AZO, *in summa tit. de poss.*, num. 7 et 8 (f° 134). — ZASIUS, *l. c.* — WENCK, *diss. de traditione*, etc., p. 6-8, p. 12, p. 43 et suiv.

ce qui lui manque à elle-même, et ainsi ce point de contact avec le droit civil n'est absolument pas une raison pour qu'il y ait eu des formes spécialement romaines dans l'acquisition de la possession. Il serait donc contraire à toute analogie que la possession dût effectivement s'acquérir par des actes symboliques. La grande extension qu'il faudrait donner à l'emploi de ces actes corrobore encore notre argument. Si l'opinion des adversaires n'avait d'autre effet que de faire admettre une acquisition symbolique dans quelques cas rares et isolés, on pourrait peut-être croire qu'à raison même de la rareté de ces cas, une inconséquence se fût glissée et maintenue dans la pratique du droit. Mais ce serait au contraire dans le plus grand nombre de cas que la possession s'acquerrait de cette manière prétendument symbolique. Pour les immeubles, par exemple, l'acquisition symbolique serait à peu près la règle générale, puisqu'il ne serait guère possible de se porter sur toutes les parties de l'immeuble, et que toute partie sur laquelle on n'aurait pas mis les pieds ne pourrait être considérée comme physiquement appréhendée. Même pour les choses mobilières, le cas le plus fréquent n'est certes pas celui où la chose entière peut être prise et saisie de la main. Or, puisque cette prétendue acquisition symbolique se serait précisément produite dans la plupart des cas, l'inconséquence que nous signalons n'aurait certes pas échappé à l'attention des jurisconsultes romains; au contraire, elle leur aurait infailliblement été signalée par les applications journalières.

S'il faut donc nier, en droit romain, l'appréhension fictive de la chose, si toute acquisition de possession doit pouvoir se ramener à un seul et même acte physique, il faudra nécessairement préciser la notion de cet acte physique autrement que ne l'ont tacitement admis les différents auteurs; car, en effet, c'est leur

manière de voir à cet égard qui a rendu nécessaire l'hypothèse d'une appréhension fictive. Pour arriver à la vérité, la voie la plus facile sera de prendre leur notion erronée elle-même pour point de départ.

Celui qui tient à la main une pièce d'argent en est sans contredit possesseur. C'est de ce cas et d'autres cas semblables que l'on a déduit l'idée de l'attouchement physique qui devait être l'essentiel dans toute acquisition de possession. Mais dans l'exemple cité, il y a encore un autre fait qui ne concourt qu'accidentellement avec cet attouchement physique : c'est la possibilité matérielle de faire de la chose ce que l'on veut et d'en écarter toute action étrangère. Tout le monde reconnaîtra que cette double possibilité se retrouve dans l'espèce citée. Elle ne concourt toutefois qu'accidentellement avec le fait de l'attouchement physique; cela résulte de ce que cette faculté de disposer peut se concevoir sans ce contact matériel et que ce dernier ne suppose pas nécessairement celle-là. En effet, d'une part, celui qui peut à chaque instant saisir une chose placée devant lui en est tout aussi complétement le maître que s'il l'avait réellement saisie; d'autre part, celui que l'on a garrotté touche sans contredit ses liens, et cependant ceux-ci le possèdent bien plus qu'il ne les possède.

Cette possibilité physique constitue donc le fait que nous devons retrouver dans toute acquisition de possession ; elle nous expliquera toutes les dispositions spéciales des sources; l'attouchement physique n'y est pour rien, et dès lors il ne reste aucune hypothèse dans laquelle il faille admettre une appréhension fictive (1).

(1) La critique de mon ouvrage, publiée dans l'*Allgemeine Literatur Zeitung* (1804, n° 12), condamne mon opinion et adopte, avec les autres

Notre opinion peut se prouver de deux manières différentes : soit en général, soit par les diverses applications spéciales que nous trouvons dans les sources. Ce n'est qu'après avoir fourni cette preuve qu'il nous sera possible de préciser d'une manière complète la notion de l'acte physique, notion que nous ne pouvions qu'indiquer ici. En thèse générale, notre opinion peut se baser sur un passage de Paul qui décide, non pas pour un cas spécial, mais comme une règle tout à fait générale, que le contact physique n'est pas précisément nécessaire pour acquérir la possession, que le simple aspect de la chose suffit aussi (1). Au contraire, aucun texte général ne peut être invoqué par ceux qui exigent le contact physique. Il ne faudrait pas, bien entendu, considérer comme telle l'expression *adipiscimur possessionem*

jurisconsultes, le contact physique comme condition primitive de toute possession. Cette règle aurait été plus tard élargie dans certains cas spéciaux, mais jamais assez pour que l'on puisse lui substituer la mienne. Mais cette proposition repose sur une pétition de principe, puisque nous ne pouvons connaître la condition première de toute possession qu'en la déduisant par voie d'abstraction de divers passages. La règle posée par moi a été admise dès le principe, d'une manière moins claire, il est vrai, moins générale, et seulement dans diverses applications particulières. Les jurisconsultes plus récents l'ont seulement mieux exprimée, et dégagée des éléments accidentels, sans toutefois l'étendre le moins du monde. Que l'on considère seulement la manière dont s'expriment les jurisconsultes romains lorsqu'ils parlent d'un véritable *jus singulare*, par exemple du maintien de la possession d'un immeuble *solo animo*, et l'on se convaincra facilement qu'il n'est pas ici question d'un *jus singulare*.

(1) L, 1, § 21, *de poss.* « *Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.* » Les manuscrits portent *actu*, expression que l'on peut admettre (WIELING, *lect.* 1, 19); mais la leçon *tactu*, qui constitue à peine une émendation, donne beaucoup plus de précision au sens, et est aussi confirmée par les basiliques. Comparez FABER, *err. pragm.*, 75, 2 ; NOODT, *probab.*, II, 6 ; WENCK, *de trad.*, p. 48. (Voyez Appendice, n° 33.)

CORPORE (1); l'inexactitude d'un tel raisonnement résulte à l'évidence de ce que la même expression s'emploie lorsqu'il s'agit de la perte de la possession (2), et là il n'est certes pas question de contact physique. *Corpus* désigne le fait extérieur, par opposition au fait intérieur, à l'*animus*.

§ 15.

APPRÉHENSION D'IMMEUBLES.

Je passe maintenant à l'examen des diverses applications spéciales.

Et, d'abord, que faut-il pour acquérir la possession de choses immobilières, de biens-fonds?

Pour acquérir cette possession, il faut, et il suffit, que l'on soit présent sur l'immeuble, sans qu'il faille y poser un acte quelconque :

« *Quædam mulier fundum (ita) non marito donavit per epi-*
« *stolam... Proponebatur quod etiam* IN EO AGRO, QUI DONABATUR,
« FUISSET *cum epistola emitteretur :* QUAE RES SUFFICIEBAT AD
« TRADITAM POSSESSIONEM... (3). »

Or, il est évident que la notion que nous avons donnée plus haut de l'acte physique est parfaitement applicable ici : celui qui se trouve sur un immeuble peut non-seulement y faire à chaque instant ce que bon lui semble, mais aussi en empêcher toute autre personne. Toutefois il peut l'un et l'autre, non pas

(1) Voy. § 13.
(2) Voy. § 30.
(3) L. 77, *de rei vindic.* (Voyez Appendice, n° 54.)

seulement relativement à la parcelle de terre sur laquelle il se trouve, mais relativement à tout l'immeuble en général; la possession du sol ne dérive donc pas du fait d'y avoir les pieds, mais bien de cette proximité immédiate, grâce à laquelle le possesseur peut non-seulement porter ses pas sur chaque partie du sol, mais de plus y faire en général tout ce que bon lui semble :

« *Quod autem diximus, et corpore et animo adquirere nos* « *debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui* « *fundum possidere velit*, OMNES GLEBAS CIRCUMAMBULET : SED « SUFFICIT QUAMLIBET PARTEM EJUS FUNDI INTROIBE... (1). »

C'est pour cette raison aussi qu'il n'est même pas nécessaire de se rendre sur le fonds : car celui qui se trouve immédiatement à côté du fonds, et l'embrasse de son regard, n'en est pas moins le maître que celui qui y a mis les pieds :

« *Si* VICINUM MIHI FUNDUM *mercatum venditor* IN MEA TURRE « DEMONSTRET, *vacuamque se tradere possessionem dicat* : NON « MINUS POSSIDERE COEPI QUAM SI PEDEM FINIBUS INTULISSEM (2). »

Tout ceci se rattache intimement à l'idée que nous nous sommes faite de l'acte physique. Nos jurisconsultes ont toujours vu dans ces divers cas une fiction juridique dont le but était de suppléer la seule acquisition véritable consistant en un contact matériel. La glose a cependant proposé ici un autre expédient fort remarquable (3) : ce ne serait pas, d'après elle, le contact

(1) L. 3, § 1, *de poss.*
(2) L. 18, § 2, *de poss.* (Voyez Appendice, n° 55.)
(3) *Glossa in* L. 18, § 2, *de poss.* Plusieurs jurisconsultes plus récents

physique, mais la perception au moyen des sens qui constituerait l'élément matériel dans l'acquisition de la possession; or, les sens sont au nombre de cinq, chacun d'eux peut donc servir à acquérir la possession. Telle serait, par exemple, l'acquisition au moyen de la vue, quand même l'objet serait éloigné de dix milles : *per decem milliaria* (1). »

C'est donc la présence matérielle qui entraîne la faculté de disposer librement de la chose (voyez Appendice, n° 56) : mais que décider lorsqu'un autre se trouve présent en même temps, et veut également posséder cette chose? Il est évident que cette présence d'une seconde personne rend impossible la possession de la première, et il n'y a que deux moyens d'écarter cet obstacle : la volonté même de cette autre personne et la violence.

C'est ainsi que, dans toute tradition, la volonté de l'une des personnes rend possible la possession de l'autre. Lorsque le vendeur introduit l'acheteur dans l'immeuble vendu, ils sont tous deux avec cet immeuble dans le même rapport physique : aussi le vendeur a-t-il jusqu'à ce moment l'intention d'être possesseur. Mais en déclarant qu'à l'avenir la possession appartiendra à l'acheteur, il écarte lui-même par un acte de sa volonté l'obstacle qui résultait de sa présence. C'est ce qu'expriment dans le passage cité plus haut les mots : « *vacuamque se possessionem* « *tradere dicat.* » (Voyez Appendice, n° 57.)

Indépendamment de la volonté de cette autre personne, la violence peut aussi servir à écarter l'obstacle résultant de sa présence : il est en effet évident que la domination du possesseur est tout aussi complète lorsqu'il repousse victorieusement une

ont adopté cette manière de voir, du moins dans certains cas d'application, par exemple DUARENUS *in* L. 3, pr. *de poss.* (p. 843).

(1) *Glossa in* L. 1, § 1, *de poss.*

opposition étrangère que lorsqu'il ne rencontre pas d'opposition du tout. Tel est la portée du passage suivant (1) :

« *Species inducendi in possessionem alicujus rei est,* PROHIBERE « INGREDIENTI VIM FIERI : *statim enim* CEDERE ADVERSARIUM, ET « VACUAM RELINQUERE POSSESSIONEM *jubet : quod multo plus est* « *quam restituere.* »

Les basiliques, la glose et Cujas appliquent ces mots au préteur qui, en exécution d'un jugement, introduit quelqu'un dans la possession (2); mais nous ne trouvons, ni dans le sens de ce passage, ni dans les termes dont l'auteur se sert, rien qui nous autorise à en restreindre ainsi la portée; il peut dès lors tout aussi bien s'appliquer à tout autre cas dans lequel une résistance se produit et est écartée. (Voyez Appendice, n° 58.)

La présence personnelle est donc proprement le fait qui nous donne la possession d'une chose immobilière. Pour éviter tout malentendu, je dois cependant dès à présent signaler une restriction qui ne pourra être démontrée que dans la troisième section. La possession d'une chose immobilière n'est jamais perdue avant que le possesseur n'ait acquis la connaissance de cette perte : or, comme une chose ne peut être possédée par plus d'une personne (3), il faudra appliquer notre règle de la manière suivante. De deux choses l'une, ou la chose était jusque-là possédée par quelqu'un, ou bien elle ne l'était pas (*vacua possessio*). Dans ce dernier cas, notre règle s'applique sans restriction. Dans le premier, au contraire, le fait dont nous parlons ne suffit pas pour

(1) L. 52, § 2, *de poss.*

(2) *Basil.*, liv. 50, tit. 1 (*apud* MEERMANN. tit. 5. p. 49). — *Glossa in* L. 52, § 2, *de poss.* — CUJAS *in* L. 52, § 2, *de poss.* (tome 8 de ses œuvres, p. 315).

(3) Voy. le § 11.

nous donner la possession ; il faut encore qu'il soit arrivé à la connaissance du possesseur antérieur. Or, tantôt notre acquisition se fera en dépit de sa volonté (*dejectio*), tantôt elle se fera de son plein gré (*traditio*), et dans ce dernier cas il pourra être personnellement présent (*inducere in possessionem*), ou être absent (*mittere in possessionem*).

§ 16.

APPRÉHENSION DE CHOSES MOBILIÈRES.

En second lieu, comment s'acquiert la possession d'une chose mobilière?

Il n'est aucunement douteux que cela puisse se faire en saisissant manuellement l'objet ; aussi les sources n'ont-elles pas même jugé nécessaire de le dire expressément. Nous n'avons donc à nous occuper ici que des cas où la possession est acquise sans que l'on saisisse matériellement l'objet en question.

D'abord nous trouvons ici, comme pour les immeubles, la présence immédiate qui, sans le secours d'aucune fiction juridique, remplace le fait de l'appréhension manuelle ; et dès lors il est fort indifférent qu'on prenne réellement la chose en main, ou qu'on soit à chaque instant en mesure de la saisir. C'est même là le mode d'appréhension le plus ordinaire, lorsque la chose est d'un volume ou d'un poids tel, qu'elle ne peut facilement être déplacée. Tout cela se trouve contenu dans les passages suivants :

1. L. 79, *de solutionibus.*

« *Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, si* IN CONSPECTU « MEO PONERE *te jubeam* (voyez Appendice, n° 59) : *efficitur, ut*

« *et tu statim libereris, et mea esse incipiat : nam tum quod a* « *nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, adquisita mihi,* « *et quodam modo* MANU LONGA TRADITA *existimanda est.* » — Ici encore le possesseur antérieur pourrait seul m'empêcher de disposer librement de la chose; mais il est affirmé expressément que, par sa manière d'agir, il reconnaît l'existence de ma possession.

2. L. 1, § 21, *de poss.*

« *Si jusserim venditorem procuratori rem tradere,* CUM EA IS « PRÆSENTIA SIT : *videri* MIHI TRADITAM *Priscus ait* » (c'est-à-dire à moi-même et non pas seulement à mon fondé de pouvoirs, par l'intermédiaire duquel je pourrais, il est vrai, aussi acquérir la possession (1) « *idemque esse si nummos debitorem jusserim* « *alii dare : non est enim* CORPORE ET TACTU *necesse adprehendere* « *possessionem, sed etiam* OCULIS ET AFFECTU (2) : *et* ARGUMENTO « ESSE *eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non* « *possunt,* » (c'est-à-dire qui ne peuvent se déplacer facilement, ou par les forces d'un seul homme; ce qui ne les empêche pas d'être toujours mobilières) « *ut columnas; nam pro traditis eas* « *haberi,* SI IN RE PRÆSENTI CONSENSERINT (*et vina tradita videri,* « *cum claves cellæ vinariæ emtori traditæ fuerint :* » espèce dont nous parlerons plus loin). — Le sens de ce passage est celui-ci : de même que ce procédé suffit pour les choses pour lesquelles il serait difficile d'en agir autrement, de même aussi il suffira pour tout autre objet (ARGUMENTO ESSE *eas res*, etc.).

(1) *Glossa interlin.* (*Ms. Paris,* nos 4458 et 4455 sur les mots MIHI TRADITAM : « *Y.* (*Irnerius*) *quasi expressim, præter illam adquisitionem, quæ fit per procuratorem.* »

(2) Voyez, plus haut, p. 194.

3. L. 31, § 1, *de donat.*

« *Species extra dotem a matre filiæ nomine viro traditas,* FILIÆ « QUÆ PRÆSENS FUIT DONATAS, *et ab ea viro traditas videri res-* « *pondit.* » (Voyez Appendice, n° 60.)

4. L. 51, *de poss.* (*Javolenus, lib.* 5, *ex Posterioribus Labeonis*).

« *Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo :* « *veluti si acervum lignorum emero, et eum venditor tollere me* « *jusserit : simul atque custodiam posuissem, traditus mihi vide-* « *tur. Idem juris esse vino vendito, cum universæ amphoræ vini* « *simul essent. Sed videamus, inquit,* NE HAEC IPSA CORPORIS TRA- « DITIO SIT, *quia nihil interest, utrum mihi, an et cuilibet jusse-* « *rim, custodia tradatur. In eo puto hanc quæstionem consistere,* « *an* ETIAMSI CORPORE ACERVUS AUT AMPHORÆ ADPREHENSÆ NON « SUNT, *nihilominus traditæ videantur : nihil video interesse,* « *utrum ipse acervum, an mandato meo aliquis custodiat : utro-* « *bique* ANIMI (1) QUODAM GENERE POSSESSIO ERIT ÆSTIMANDA. » — Voici le sens de ce passage de Javolenus : « Labéon dit que la possession de certaines choses peut s'acquérir sans contact matériel, par exemple, celle d'un amas de bois que j'aurais acheté ; il suffira d'y placer un gardien, et il en sera de même pour un achat de vin. Il ajoute que l'on pourrait cependant bien aussi considérer cela comme une tradition corporelle, puisqu'il est indifférent que l'acheteur entreprenne de surveiller l'objet en personne, ou par l'intermédiaire d'un mandataire. Mais pour moi, ajoute Javolenus (2), je pense qu'il ne faut pas introduire

(1) CUJAS lit *corporis* au lieu de *animi* (*recit. in* L. 51, *de poss.*, dans ses œuvres, t. 8, p. 314, et dans *paratit. in Cod.*, lib. 7, tit. 32). Cette émendation est tout aussi inutile que hasardée.

(2) C'est ainsi qu'on subdivise ordinairement, et avec raison, je pense,

ici l'idée d'un mandataire; la question est seulement de savoir si la tradition est parfaite quoique le bois ou le vin n'ait pas été matériellement appréhendé? Sans doute elle est parfaite, mais c'est là un motif pour dire que, dans cette hypothèse, la possession a été acquise (soit en personne, soit par un mandataire) d'une manière incorporelle en quelque sorte (1). »

5. L. 14, § 1, *de periculo et comm. rei venditæ*

« *Videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.* » — Le fait de marquer les objets n'est pas ici un des éléments constitutifs de l'appréhension; on en parle seulement comme d'un usage reçu, qui révèle l'intention commune des parties. C'est de cette manière seulement que nous pourrons nous expliquer la solution tout à fait différente, donnée dans un cas où le fait matériel est absolument le même (2).

6. L. 1, C., *de donat.* (*Severus et Antoninus*).

« *Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et* « *ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelli-* « *gis; et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere.* »

Voici comment je m'explique ce passage : Lucius, à qui

ce passage. Dans mes deux premières éditions, j'admettais que l'opinion de JAVOLENUS commençait déjà aux mots « *sed videamus.* » WENCK (*diss. de tradit.*, p. 56) réfute parfaitement cette supposition; mais il ne comprend pas le sens général du passage, et cela était inévitable à cause de ses notions générales sur cette matière. (Voyez Appendice, n° 61.)

(1) « *Animi quodam genere.* » c'est-à-dire par le seul *animus*, si l'on donne au mot *corpore* un sens tout à fait matériel, comme synonyme de *corpore* ET TACTU, acception contre laquelle nous prémunit la L. 1, § 21, *de poss.* Si on le prend au contraire, comme on doit le faire, pour désigner un acte extérieur en général, l'acquisition aura certes aussi lieu *corpore*, et dès lors la décision de ce passage ne sera nullement en contradiction avec la règle générale de la L. 3, § 1, *de poss.* (§ 13).

(2) L. 1, § 2, *de peric. et comm.* (Voyez, plus loin, p. 207.)

s'adresse ce rescrit, devait recevoir en donation quelques esclaves d'une personne qui les avait achetés auparavant, et qui avait encore en main les titres. Lucius se rendit chez le donateur, qui, en présence des esclaves, exprima son intention de les donner, et lui remit en même temps les titres. Mais les esclaves restèrent encore auprès de leur ancien maître, qui se prit à regretter la donation, et prétendit retenir les esclaves, en soutenant que la donation avait seulement été projetée, mais non encore exécutée. Si cette assertion était exacte, Lucius n'avait certes pas d'*actio in rem*, ni, peut-être, aucune action en général, soit à cause de la loi *Cincia*, soit aussi parce qu'on n'avait pas fait de stipulation. Tout dépendait ici du point de savoir si l'intention des parties avait été de parfaire immédiatement la donation. Du moment que cette intention était constante, rien ne manquait à la perfection de la tradition, puisque les esclaves avaient été présents. Lucius s'adressa aux empereurs, et ceux-ci répondirent que l'intention de parfaire immédiatement la donation résultait à l'évidence de la remise des titres; donc la tradition avait eu lieu, la propriété avait été transmise et le donataire avait une action en revendication contre le donateur. — Entendu ainsi, ce passage contient une application de notre règle d'après laquelle, lors d'une intention clairement exprimée, la seule présence de la chose suffit, sans aucun autre acte matériel, pour constituer une véritable appréhension. Il est vrai que, dans cette interprétation, je suis obligé de supposer la présence des esclaves, sur laquelle le passage ne s'explique pas formellement; mais le rescrit est fait pour un cas spécial; il s'agit donc de retrouver les éléments de ce cas, et ma supposition est en elle-même logique et naturelle (1), elle s'ac-

(1) Dans mes deux premières éditions, j'avais, à l'exemple de FULGOSIUS

corde surtout avec l'action réelle, dont il est parlé à la fin, et d'où résulte, à l'évidence, que le donateur est en possession des esclaves. Toute autre explication de ce passage exige des suppositions bien plus arbitraires et plus hasardées que la mienne (1).

Cette règle d'après laquelle la possession peut s'acquérir par la seule présence de l'objet, et sans contact physique, s'applique et se précise encore dans les espèces suivantes :

Premièrement : lorsque je fais remettre à un tiers une chose

(voy. OBRECHT, *de poss.*, § 280), admis ce qu'on appelle un *constitutum possessorium*. Mais la supposition d'une telle convention est en définitive tout à fait étrangère au passage en question, et les esclaves peuvent tout aussi bien être restés accidentellement dans la maison de leur ancien maître, en d'autres termes, ne pas être immédiatement partis avec LUCIUS. L'explication que je donne aujourd'hui était généralement reçue chez les glossateurs. *Glossa interlin. anon.* (*Ms. Paris*, 4523, 4528), au mot MANCIPIORUM : « *præsentium in traditione, sicut dicitur de clavibus traditis coram horreo.* » — Glose de PILLIUS (*Ms. Paris*, 4536). « *Sed numquid est hoc intelligendum quando mancipia absunt : respondeo nequaquam, sed cum præsentialiter adsunt ut ff. de rei ven. hæc si res* Pi. » — ACCURSIUS V. INSTRUMENTIS, « *sc. præsentibus servis datis.* »

(2) Ainsi WENCK, *de traditione*, p. 30, voulant expliquer ce passage en partant de son idée sur une tradition qui ne confère aucune possession, est amené à faire les suppositions les plus arbitraires, et y mêle encore plusieurs autres erreurs. (Voyez Appendice, n° 62.) — HUFELAND, *Neue Darstellung*, p. 124, pour arriver à expliquer ce rescrit, suppose que la tradition des esclaves était régie par des principes tout spéciaux ; mais nous ne trouvons nulle part de trace d'un semblable *jus singulare*. — Notre passage a, du reste, une ressemblance frappante avec un rescrit d'ANTONIN, d'après lequel il ne faut pas être trop rigoureux dans l'appréciation des formes d'une donation entre parents et enfants. L. 4, C. Th. *de donat. Fragm. Vat.*, §§ 297, 314 (comparez les observations de BUCHHOLTZ). On pourrait donc supposer avec quelque vraisemblance que notre passage prévoit ce cas spécial, et aurait été maladroitement mutilé lors de son insertion dans le Code de Justinien. (Note de la 6e éd.) (Voyez Appendice, n° 63.)

qu'un autre veut me livrer, la possession juridique m'a réellement été transmise, et a passé de moi à ce tiers (1). Ce n'est qu'une application de notre règle : car, du moment que cette autre personne m'abandonne la libre disposition de la chose présente, j'en suis le maître d'une manière tout aussi absolue que si je l'avais saisie manuellement; j'exerce même cette faculté d'en disposer, puisque j'ordonne de la remettre à un tiers. Toutefois la simplicité même de l'acte extérieur peut avoir ici pour effet de faire oublier en quelque sorte les éléments complexes que renferme l'acte juridique (2).

Deuxièmement : la présence de la chose n'en donne la possession que pour autant qu'il soit réellement possible de s'en saisir à chaque instant. Celui qui poursuit une bête fauve n'en a pas encore la possession, quelque rapproché qu'il en soit; alors même qu'il l'aurait blessée mortellement, diverses circonstances peuvent encore l'empêcher de s'en emparer « (*multa accidere possunt ut eam non capiamus*) : » il n'en est donc pas encore possesseur, quoique certains jurisconsultes romains aient prétendu le contraire (3). Il faut donc que l'animal ait été réellement pris ou tué, pour que la possession en soit acquise.

Troisièmement : lorsque la chose se trouve dans un bâtiment fermé, la tradition, et par conséquent l'acquisition de la posses-

(1) « *Species extra dotem a matre* FILIÆ NOMINE *viro traditas,* FILIÆ QUÆ PRÆSENS FUIT, DONATAS, ET AB EA VIRO TRADITAS *videri respondi.* » L. 31, § 1, *de donat., cf.* L. 3, § 12, *de don. inter vir. et uxor.* L. 1, § 21, *de poss.* (Voyez p. 200.)

(2) « *Nam celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari.* » L. 3, § 12, *de don. inter vir. et uxor.*

(3) L. 5, § 1, *de adq. rer. dom.*, § 13, I. *de rer. div.* — La L. 55, *de adq. rer. dom.* décide un autre cas semblable d'après les mêmes principes. La raison de cette décision se trouve dans les mots : « *ut* SI IN MEAM POTESTATEM PERVENIT, *meus factus sit.* »

sion, sont considérées comme parfaites par la remise des clefs. Il était assez naturel de prétendre que de tout temps ces clefs ont dû être des clefs symboliques, et il ne fallait pas aller beaucoup plus loin pour soutenir que tout autre objet pouvait tout aussi bien servir à cette fin, en d'autres termes, que les clefs ne sont désignées ici que pour servir d'exemple (1). Sans doute les clefs peuvent servir de symbole aussi bien que tout autre objet, et lorsqu'on remet à un roi les clefs d'une ville, il est difficile d'y voir autre chose. Mais les clefs ont plus souvent encore une autre destination : celle d'ouvrir ce qui est fermé ; or, nous allons démontrer que c'est de cela seulement qu'il est ici question. — En effet, nous avons vu plus haut que, pour les choses mobilières aussi, leur seule présence pouvait constituer une appréhension, indépendamment de tout contact physique. Mais, pour que la possession soit acquise, il faut qu'au fait vienne se joindre l'*animus*, et cet *animus* doit, la plupart du temps, s'induire des circonstances, parce que rarement il est formellement exprimé. Or, lorsqu'un immeuble se vend, l'acheteur et le vendeur peuvent y aller maintes fois sans avoir l'intention, l'un d'en acquérir, l'autre d'en transférer la possession. Pour les meubles, il en est exactement de même. Lorsque le contrat a été conclu entre les parties, et que l'on s'est même trouvé en présence de l'objet, l'acheteur ne peut néanmoins pas avoir l'intention d'en acquérir la possession, tant que cet objet se trouve dans un bâtiment fermé dont il n'a pas la clef, car dans ce cas il peut constamment et à chaque instant être empêché de disposer de la chose achetée. Voilà pourquoi l'on ne considère ici la possession comme transférée qu'après la remise des clefs.

(1) SCHMALZ, *Handbuch des rœmischen Privatrechts*. Kœnigsberg, 1801, § 199.

1. L. 9, § 6, *de adq. rer. dom.* (§ 45, J. *de rer. div.*)

« *Item si quis merces* IN HORREO REPOSITAS *vendiderit, simul-*
« *atque* CLAVES HORREI TRADIDERIT *emtori, transfert proprietatem*
« *mercium ad emtorem.* » (Voyez Appendice, n° 64.)

2. L. 1, § 21, *de poss.*

« ... *et vina tradita videri,* CUM CLAVES (1) CELLÆ VINARIÆ
« EMTORI TRADITÆ FUERINT. »

Quant même l'acheteur aurait apposé son sceau sur la marchandise, la possession ne lui en serait pas acquise si les clefs ne lui avaient pas été remises, quoique cet acte puisse exprimer une véritable appréhension lorsque l'objet n'est pas sous clef :

1. L. 1, § 2, *de peric. et comm. rei vend.*

« *Si* DOLIUM SIGNATUM *sit ab emtore, Trebatius ait, traditum*
« *id videri :* LABEO CONTRA. QUOD ET VERUM EST : *magis enim ne*
« *summutetur signari solere, quam ut tradi tum videatur.* »

2. L. 14, § 1, *eod.*

« *Videri autem* TRABES TRADITAS *quas emtor* SIGNASSET. » En effet, il est tout aussi usuel de laisser le bois de construction dans un endroit ouvert, qu'il est généralement d'usage de tenir le vin sous clef.

(1) *Glossa interlin.* (*Ms. Paris*, num. 4458 et 4455) au mot *Claves :* « *Y.* (*Irnerius*) *quasi adminiculum custodiæ,* » non pas donc comme symbole, mais à cause du pouvoir que cela nous confère sur la chose. — (Note de la 4e éd.) QUENTZEL aussi, *de litteris recognitionis, Leidæ*, 1754, § 26, tout en qualifiant d'acte symbolique la remise des clefs, base cependant l'effet de cette remise sur ce que l'on peut dorénavant ouvrir le bâtiment et s'approcher librement des objets qu'il contient ; et voilà pourquoi il n'attache pas le même effet à la remise d'un connaissement (communiqué par M. le professeur FALCK).

Dans tous ces différents cas, on se base sur une présomption des plus plausibles, en supposant que les parties n'ont voulu parfaire la tradition que lors de la remise des clefs : or, l'*animus possidendi* reste sans effet s'il n'est accompagné de l'appréhension de la chose. Tous ces passages, qui se bornent à se demander s'il faut, ou non, présumer l'intention de faire une tradition, présupposent donc toujours que rien d'ailleurs ne manque à l'appréhension, c'est-à-dire que la remise des clefs se fasse en présence de l'objet. Aussi, par le passage suivant les compilateurs ont-ils eu soin de prévenir tout doute à ce sujet :

L. 74, *de contrah. emt.*

« *Clavibus traditis,* ITA *mercium in horreis conditarum* POS-« SESSIO TRADITA *videtur,* SI CLAVES APUD HORREA TRADITÆ SINT. » (Ce qui suit est particulièrement propre à confirmer et à préciser la notion que nous nous faisons de l'appréhension) : « *quo facto,* « *confestim emtor dominium et possessionem adipiscitur* ETSI NON « APERUERIT HORREA. » — Celui donc qui se trouve séparé de la chose par une porte fermée ne la possède pas plus que s'il en était fort éloigné; mais s'il en a la clef, il peut à chaque instant se saisir de la chose, et alors, qu'il la saisisse réellement, qu'il ouvre ou qu'il n'ouvre même pas la porte, tout cela est fort indifférent au point de vue de l'acquisition de la possession (1).

(1) WENCK, *de traditione,* p. 50, explique ce passage conformément à son système erroné, d'après lequel la possession peut s'acquérir par la propriété et à raison de la propriété, alors même que les autres conditions ordinaires de la possession feraient défaut. (Voyez Appendice, n° 65.)

§ 17.

APPRÉHENSION DE CHOSES MOBILIÈRES. CONTINUATION.

On peut donc acquérir la possession d'une chose mobilière sans qu'il soit besoin de la prendre en main, pourvu qu'on se trouve en présence de cette chose (§ 16). Mais on le peut encore d'une autre manière. En effet, celui qui conserve une chose dans sa maison à lui peut par là même en devenir possesseur, sans qu'il soit besoin d'un autre acte quelconque.

L. 18, § 2, *de poss.*

« *Si venditorem, quod emerim, deponere* IN MEA DOMO *jusse-*
« *rim : possidere me certum est,* QUANQUAM ID NEMO DUM ATTIGE-
« RIT. » — Ce passage ne présuppose aucunement que la chose ait été présente lors du contrat, ni que l'acheteur se soit trouvé dans sa maison lorsque la chose y a été transportée ; le seul dépôt dans cette maison constitue donc le fait attributif de possession. Et le jurisconsulte fait expressément remarquer qu'il n'est pas nécessaire que les gens de l'acheteur aient pris en son nom livraison de la chose « (*quanquam id nemo dum attigerit*), » car sans cela on aurait pu trouver dans ce fait la raison de l'acquisition de la possession.

L. 9, § 3, *de jur. dot.*

« *Quid enim interest, inferantur volente eo in domum ejus,*
« *an ei tradantur?* »

Il est facile de se rendre compte du motif de cette règle. Il n'est rien dont on soit davantage le maître que de sa demeure, et par là même on a la *custodia* de tout ce qui s'y trouve. Cette

manière de voir des jurisconsultes romains ressort encore d'un autre exemple analogue, où ils dénient la possession parce que cette *custodia* fait défaut (1). — Dès lors il nous sera facile de préciser celles des conditions de ce mode d'acquérir la possession que le passage cité n'exprime pas formellement.

En effet, puisque tout dépend de l'usage exclusif que l'on a le droit de faire du bâtiment en question, il en résulte les conséquences suivantes :

1. L'acquisition de la possession de ces objets mobiliers ne dépend ni de la propriété ni de la possession juridique du bâtiment. Ainsi celui qui aurait loué une maison ou un magasin peut acquérir la possession de cette manière, quoiqu'il ne soit ni propriétaire ni possesseur juridique du bâtiment ; car il est évident qu'il n'en a pas moins la *custodia* de tous les objets qui s'y trouvent.

2. Par contre, l'acquisition de la possession est impossible dès que ce droit d'user du bâtiment fait défaut, même si l'on en était propriétaire ou possesseur. Ainsi le propriétaire d'une maison louée ne pourrait acquérir la possession de la manière dont nous parlons pour la même raison pour laquelle le locataire le peut, et cependant il n'a certes pas cessé de posséder juridiquement cette maison (2). — Cette seconde proposition nous expliquera facilement un passage qui, sans cela, aurait pu faire douter de l'exactitude de notre règle (3) : « *Qui universas ædes*

(1) L. 3, § 3, *de poss.* (Voyez Appendice, n° 66.)

(2) Ces deux propositions se confirment et s'expliquent par les décisions analogues suivantes. — L. 5, §§ 2-5 *de injuriis.* L. 22, § 2. L. 23, § 3, *ad leg. Jul. de adult.* — Toutefois l'analogie n'est pas parfaite, parce que ces décisions ne s'appliquent qu'aux bâtiments servant d'habitation, restriction étrangère au cas dont nous parlons.

(3) L. 30, pr. *de poss.* — La glose et la plupart des jurisconsultes mo-

« *possidet* (*possedit*) SINGULAS RES, QUÆ IN ÆDIFICIO SUNT, NON « VIDETUR POSSEDISSE. » C'est-à-dire que la possession juridique de la maison ne donne pas nécessairement la possession des choses qui s'y trouvent ; on ne peut induire l'une de l'autre. Rien de plus naturel, en effet, puisqu'on peut devenir possesseur d'une maison sans l'habiter soi-même, par exemple lorsqu'on l'achète, et qu'on la donne en même temps en location au vendeur : *constitutum possessorium*. Mais la contradiction apparente entre ce passage et notre règle peut encore s'écarter d'une autre manière. Celui, par exemple, qui acquiert la possession d'une maison, en expulsant le possesseur antérieur, peut ne rien savoir des divers objets qui s'y trouvent ; dès lors il ne les possède pas, puisque à leur égard il n'a pas l'*animus possidendi*.

La manière dont nous venons de préciser la portée de cette règle nous facilitera l'explication d'un autre cas qui présente beaucoup d'analogie avec celui-ci ; j'entends parler de la possession des *trésors*. Dans la théorie de la propriété, on entend par trésor toute chose de valeur qui, étant cachée, a en quelque sorte, par le laps du temps, *cessé d'avoir un maître* (1). Il est essentiel de limiter ainsi la notion du trésor, car sans cela il ne saurait être ici question d'une manière spéciale d'acquérir la propriété ; ce n'est qu'à cette condition que cette matière appartient à la théorie de la propriété. En fait de possession, il en est tout autrement ; il y est fort indifférent que la chose appartienne ou n'ap-

dernes entendent par « *res quæ in ædificio sunt* » les poutres et les pierres dont la maison est construite : ce passage ne présenterait alors non plus aucune difficulté ; mais cette interprétation est forcée. (Voyez Appendice, n° 67.)

(1) « *Thesaurus est vetus quædam depositio pecuniæ* CUJUS NON EXSTAT MEMORIA, UT JAM DOMINUM NON HABEAT : SIC ENIM FIT EJUS, QUI INVENERIT, QUOD NON ALTERIUS SIT. » L. 31, § 1, *de adq. rer. dom.*

partienne pas à autrui; ici toute valeur cachée est un trésor, peu importe qu'il y ait, ou non, moyen d'en découvrir le propriétaire. Aussi les jurisconsultes romains appliquent-ils le mot *thesaurus* aux deux cas indistinctement, et cela leur paraît si naturel qu'ils ne croient même pas nécessaire de le faire spécialement remarquer. La glose et les jurisconsultes modernes pensent tout différemment. Dans les textes du droit romain relatifs à la possession des trésors, ils distinguent un trésor dans le sens large d'un trésor dans le sens restreint, ce qui suffit pour jeter la confusion dans les règles, d'ailleurs si simples, des jurisconsultes romains. — De plus, il va de soi qu'en droit le trésor ne saurait se distinguer de toute autre chose mobilière cachée dans un fonds; les sources ne parlent donc de la possession d'un *trésor* que parce que c'est le cas le plus important et le plus fréquent.

Lors donc qu'un trésor, ou toute autre chose mobilière, se trouve enfouie dans un fonds, ce seul fait suffit-il pour que le possesseur du sol possède aussi la chose enfouie? — En d'autres termes, le fait d'enfouir ainsi un objet est-il de nature à produire la possession, lorsque l'*animus* voulu vient s'y joindre? — Ce cas ressemble à celui dont nous avons parlé plus haut (1), en ce qu'ici aussi une chose mobilière se trouve mise en rapport avec un immeuble, sans cependant en devenir partie intégrante. Cette mise en rapport avait là pour effet, lorsque la chose était déposée dans la demeure d'une personne, d'en attribuer à celle-ci la possession; le même effet semblerait donc devoir se produire ici au profit de la personne qui possède le sol. Mais quand il s'agit d'une maison, l'acquisition de la possession trouve sa raison d'être dans la *custodia* toute spéciale qu'implique cette hypothèse;

(1) Page 209.

dès lors, dans le cas qui nous occupe actuellement, la possession du trésor ne saurait être considérée comme acquise au possesseur du sol (1). Celui-ci doit donc, comme tout autre, pour acquérir la possession du trésor, le découvrir, le saisir, et alors la possession s'acquiert tout naturellement par l'appréhension, ou par la présence immédiate (§ 16). — Telle est la portée des passages suivants :

1. L. 15, *ad exhibendum :*

« *Thesaurus* MEUS (2) *in tuo fundo est, nec eum pateris me* « *effodere : cum eum* LOCO NON MOVERIS, *furti quidem aut ad exhi-* « *bendum, eo nomine agere recte non posse me, Labeo ait : quia* « NEQUE POSSIDERES EUM, *neque dolo feceris, quo minus possi-* « *deres* » *rel.*

2. L. 44, pr. *de poss.*

« ... *Cum, si alius in meo condidisset* (*pecuniam*), NON ALIAS « POSSIDEREM, *quam si ipsius rei possessionem* (3) SUPRA TERRAM « ADEPTUS *fuissem...* »

(1) Que décider lorsque le trésor se trouve enfoui dans ma *maison?* Si je sais où il se trouve, je le possède, sans que je doive pour cela le mettre à découvert : *quia est sub custodia nostra.* Mais si je sais seulement que le trésor se trouve caché dans ma maison, sans connaître l'endroit précis, je ne le possède pas encore, puisque le hasard seul peut me le faire trouver. Il y a donc pour le trésor aussi à distinguer la maison du simple fonds de terre. PFEIFFER, *Recht der Kriegseroberung,* Cassel, 1823, p. 17, a donc tort de nier cette distinction ; et c'est aussi à tort qu'il soutient que je puis acquérir la possession d'une chose achetée en la faisant déposer non pas dans ma maison, mais sur quelque autre immeuble. (Note de la 6e éd.)

(2) Il ne s'agit donc pas ici d'un trésor dans le même sens que lorsqu'il est question de l'acquisition de la propriété (p. 211 et 212). La même remarque s'applique au passage suivant.

(3) POSSESSIO désigne ici la possession dans le sens naturel (p. 78 et

3. L. 3, § 3, *de poss.* (1).

« *Neratius et Pro-*
« *culus* (*et*) *solo ani-*
« *mo* NON (2) *posse nos*
« *adquirere possessio-*
« *nem, si non ante-*
« *cedat naturalis pos-*
« *sessio* (3). IDEOQUE
« *si thesaurum in fun-*
« *do meo* (4) *positum*
« *sciam* CONTINUO ME
« POSSIDERE, SIMUL
« ATQUE POSSIDENDI
« AFFECTUM HABUERO :

Neratius et Proculus disent que nous ne pouvons acquérir de possession par la seule volonté, à moins que l'élément physique de toute possession, la détention, ne préexiste. Ils en concluent que le possesseur d'un fonds peut acquérir par la seule volonté la possession d'un trésor qui se trouve caché dans ce fonds : car la détention existe déjà, et pour que cette simple détention devienne possession juridique, il ne lui manque plus que l'*animus possidendi;* or, c'est précisément ce qui vient s'y ajouter ici. L'opi-

79) et les mots POSSESSIONEM ADIPISCI désignent une condition de l'acquisition de la possession juridique, POSSIDERE, exactement comme ailleurs la NATURALIS POSSESSIO (L. 3, §§ 3, 13, *de poss.*).

(1) Beaucoup d'interprètes se sont de tous temps occupés de ce passage. Ce qui a été dit de mieux se trouve dans ENGELB. DE MAN, *diss. de thesauro ad* L. 3, § 3, *de poss.* (*Thes. diss. Belg.*, vol. 1, t. 2, p. 305 à 386 ; il va sans dire que ces 81 pages renferment bien des choses inutiles), et dans CUPERUS (p. 2, c. 32, 33).— Je donne mon interprétation dans une traduction libre que j'explique et justifie par des annotations.

(2) Voyez la note 1, p. 215.

(3) Ainsi donc : POSSE *nos adquirere* (*solo animo*) *possessionem,* SI *antecedat naturalis possessio.* C'est ce qu'exprime suffisamment la double négation, et il n'est pas du tout nécessaire de supposer que cette partie affirmative de la proposition aurait été omise par PAUL ou par quelque copiste.

(4) La propriété du fonds importe peu : c'est à la détention que tout revient, et il n'est nommé MEUS FUNDUS que parce qu'en principe la détention se trouve toujours aux mains du propriétaire. Si l'on supposait un fonds loué, on parlerait du droit du fermier et non de celui du propriétaire.

« QUIA, QUOD DESIT NATURALI POSSESSIONI, ID ANIMUS IMPLET (1). « *Ceterum quod Brutus et Manilius putant, eum qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse,*

nion de Brutus et de Manilius; d'après laquelle le trésor serait une partie intégrante du fonds, et pourrait être usucapé simultanément avec lui, alors même que le possesseur du fonds n'aurait aucune connaissance de l'existence du trésor, cette opinion est incontestablement erronée, même dans le système énoncé en premier lieu; car le trésor

(1) Voici le sens du passage dans son ensemble. L'auteur cite d'abord une règle prise dans les écrits de ces deux jurisconsultes, règle qui ne soulève pas de discussion; puis, toujours d'après ces mêmes écrits, une application de cette règle au cas du trésor; ensuite, relativement à ce même cas, une opinion contraire, que l'auteur rejette : enfin une troisième opinion, qu'il adopte. — Nos jurisconsultes ont cru trouver une contradiction (réelle ou apparente) entre la règle de NERATIUS et l'application qu'il en fait; cette erreur provenait de deux causes. D'abord, on remarquait bien que *naturalis possessio* désignait l'élément physique dans la possession, le fait; mais en confondant à tort ce fait avec un contact corporel (p. 189), on ne pouvait s'expliquer, dans l'espèce, la *naturalis possessio* du trésor. Tout s'explique au contraire fort bien, dès que l'on entend par le fait la possibilité immédiate d'agir sur la chose (*custodia*), et c'est cette possibilité que NERATIUS supposait à tort. En second lieu, on traduisait : « *quod desit naturali possessioni* » par « ce qui manque *pour qu'il y ait* possession naturelle; » mais la *naturalis possessio* doit être pleine et entière; il ne lui manque que la condition additionnelle moyennant laquelle elle devient possession juridique. — Voilà pourquoi après les mots : *si non antecedat naturalis possessio*, la glose ajoute : « *et supple*, VEL ALIUD, QUOD PRO EA HABEATUR. » — Dans la suite, on rapporta la *naturalis possessio* au sol : cette possession du sol produirait indirectement la possession juridique du trésor, alors même qu'on n'aurait pas la *naturalis possessio* de ce dernier (PAUL DE CASTRO *in Dig. nov.*, p. 1, f° 56, éd. de Lyon, 1548, in-f°, puis ZASIUS, CUJAS, CHESIUS et beaucoup d'autres). — D'autres ont pris le parti bien plus mauvais d'effacer le premier *non : solo animo* NON *posse* (N. A. SALIS *sicilimenta juris civ.*, Hanovre, 1614, 8°, p. 354. NOODT *probabil.* L. 2, ch. 6, n° 4). — JENSIUS en donne le premier une explication exacte, mais très-laconique

« *quamvis nesciat in* « *fundo esse, non est* « *verum : is enim qui* « *nescit, non possidet* « *thesaurum, quam-* « *vis fundum possi-* « *deat : sed etsi sciat,* « *non capiet longa* « *possessione : quia* « *scit alienum esse*(1).

n'est, en réalité, pas une partie du fonds, donc le possesseur de celui-ci ne possède pas en même temps le trésor : il faudrait, pour cela, qu'il en connût spécialement l'existence. Mais alors même qu'il en aurait connaissance, et eu serait par conséquent possesseur d'après le premier système, il ne pourrait pourtant pas l'usucaper, puisque, par là même qu'il en a connaissance, il sait aussi que le

(*Strictur.*, p. 328, éd. 1739).— Dans DE MAN, nous trouvons l'explication exacte et complète du mot « *desit* » (*l. c.*, p. 351-353). — Il explique aussi convenablement la *naturalis possessio;* cependant, il pense que, puisqu'il faut pourtant avoir recours à une fiction juridique, le mot doit être pris dans un sens impropre, et cette difficulté le préoccupe tellement, qu'après maintes tentatives de l'éviter, il finit par retomber dans le système reçu, qui consiste à rapporter la *naturalis possessio* au *fundus* (*l. c.*, p. 351, 359, 379). — CUPERUS (p. 2, ch. 32) donne une explication parfaitement exacte, mais trop laconique pour qu'on puisse voir comment il aurait répondu aux objections ordinaires touchant la *naturalis possessio*. — Voici comment WENCK, *de trad.*, p. 12, explique ce passage. Dans la première partie, depuis *Neratius* jusqu'à *implet*, il serait question d'un trésor qui n'appartient à personne; ici la propriété supplée la *naturalis possessio*, qui fait réellement défaut, et cette opinion de Neratius serait approuvée par Paul. La seconde partie, depuis *Ceterum* jusqu'à *quibus consentio*, traiterait seulement d'un trésor appartenant à autrui. Non-seulement la première supposition, l'acquisition de la possession par le moyen de la propriété, est erronée, mais toute cette distinction de deux cas différents est arbitraire. (Voyez Appendice, n° 68.)

(1) Dans tout ce passage, le mot *thesaurus* désigne en général toute valeur enfouie, peu importe qu'elle appartienne à autrui ou qu'elle n'ait pas de maître (p. 211 et 212). Il n'est donc pas seulement question d'un trésor n'appartenant à personne, les mots « *quia scit alienum esse* » le prouvent à l'évidence. On ne veut pas non plus parler seulement d'un trésor qui appartient encore à quelqu'un; ce peut fort bien être aussi un trésor sans maître aucun. CUPERUS l'a prétendu en se basant sur un

« *Quidam putant Sabini sententiam verioremesse,necalias eum, qui scit, possidere, nisi si loco motus sit : quia non sit sub custodia nostra,* QUIBUS CONSENTIO (1). »

trésor appartient à autrui, et ainsi il se trouve *in mala fide*. — Quelques-uns pensent avec Sabinus que le possesseur du sol ne pourrait acquérir la possession du trésor par sa seule volonté : il faut pour cela qu'il le retire de terre, car alors seulement le trésor se trouve sous sa *custodia* ; et c'est là aussi mon opinion.

motif erroné (voyez plus loin, § 33); la plupart des auteurs, au contraire, le contestent en se basant sur les deux raisons suivantes : A) Parce qu'il est question de l'usucapion du trésor ; or, à l'égard d'une *res nullius*, l'usucapion n'est guère nécessaire. Mais avant Justinien, l'usucapion devait toujours se joindre à l'occupation pour transformer la propriété bonitaire en *justum dominium*. Toute cette raison de douter se ramène donc aux erreurs connues sur les *res nec mancipi* dans la théorie de la propriété romaine, erreurs que HUGO a, le premier, complétement écartées. B) A cause des mots : *quia scit* ALIENUM *esse*. On a essayé en vain de rencontrer cette objection soit en émendant, soit en interprétant le texte (BYNKERSHOEK, *observ.* VII, 1.—CUPERUS, p. 2, c, 33. – DE MAN, *l. c.*, p. 343-345). Voici mon opinion sur ce point. Il faut que le possesseur du sol n'ait pas encore trouvé le trésor, et qu'il sache cependant qu'il existe. Comment cela se pourrait-il ? Uniquement en admettant qu'il ait appris d'une manière quelconque le fait du dépôt d'un trésor, et dès lors il sait nécessairement que ce trésor ne lui appartient pas (L. 31, § 1, *de adq. rer. dom.* « *depositio*... CUJUS MEMORIA NON EXSTAT ») Il s'agit donc ici d'un trésor appartenant à autrui, non que le passage entier traite de cette hypothèse, mais parce qu'il est difficile d'expliquer autrement qu'on ait connaissance du trésor. (Voyez Appendice, n° 69.)

(1) La glose et presque tous les autres interprètes trouvent cette décision fort singulière, puisque ailleurs il n'est jamais nécessaire de *remuer* la chose pour en acquérir la possession, et que ce serait même impossible dans bien des cas, par exemple, lorsqu'il s'agit d'immeubles. C'est pour cela que la plupart des auteurs appliquent ce passage exclusivement au trésor qui appartient encore à autrui (voy. la note précédente); il faut alors, comme dans la L. 15. *ad exhib.* et dans la L. 44, pr. *de poss.*, que la chose soit déplacée, afin que, par ce fait spécial, l'ancien

§ 18.

DÉFINITION PLUS SPÉCIALE DE L'APPRÉHENSION.

Nous venons de démontrer, par l'interprétation des textes, ce que nous avions d'abord présupposé, à savoir, que l'appréhension résulte, non pas du contact physique, mais de la possibilité d'agir directement sur la chose (1). Par là même se trouvent

possesseur soit en quelque sorte écarté, explication qui découle de principes tout à fait erronés. ODOFRED (fol. 55), tout au contraire, rapporte ce passage à un trésor proprement dit, c'est-à-dire n'appartenant plus à personne, et exige le contact matériel nécessaire pour l'acquisition de la possession de toute *res nullius*. « *Quia possunt intervenire multi casus, quibus nostra non fiunt... præterea non est ibi aliquis, qui velit in me transferre possessionem.* » BYNKERSHOEK (*observ.* VII, 1) lit *loco* NOTUS au lieu de *loco* MOTUS; au moyen de cette émendation, et d'une explication fort peu naturelle, il obtient pour résultat une proposition tout à fait fausse. — Mais ici, comme partout, c'est la *présence immédiate* de la chose qui produit l'appréhension ; toutefois, comme il est difficile de s'imaginer qu'on mette un trésor à découvert sans le retirer de terre et l'emporter, on pouvait sans inconvénient considérer la *loco motio* comme constituant l'appréhension, et cela d'autant plus qu'il ne s'agissait là que de repousser l'opinion de NERATIUS, d'après laquelle la seule connaissance de l'existence du trésor suffirait pour en donner la possession. Cette interprétation exacte des mots *nisi si loco motus sit* ne se trouve que chez les glossateurs les plus anciens. *Glossa interl.* (*Ms. Paris*, 4458, *a.*) « *G.* (*Guarnerius*) *vel pro moto habeatur veluti si coram positum thesaurum oculis et affectione videatur apprehendisse, sicut in aliis rebus ut* l. *c.* l. 1. » — *Glossa interl.* (*Ms. Paris*, 4455), « *vel pro moto habeatur veluti si præsens thesaurus oculis et affectu apprehenditur quod in possessione necessarium est M.* (*Martinus*). — Le résultat des trois textes cités (L. 15, *ad exhib.* — L. 44, pr. *de poss.* — L. 3, § 3, *de poss.*) est donc absolument le même ; il y est fort indifférent que le trésor appartienne à autrui, ou qu'il soit sans maître, ou bien aussi qu'il ait ou qu'il n'ait pas été possédé jusqu'alors par un autre. (Voyez Appendice, n° 70.)

(1) Voyez page 193.

écartés tous les cas où, partant de données arbitraires, on admettait une appréhension fictive; tous, sans exception, rentrent sous la notion de l'appréhension naturelle.

Cette notion, dont la réalité nous est ainsi prouvée, doit être maintenant précisée davantage, et ce résultat s'obtiendra le plus facilement par l'étude comparée de quelques cas expliqués déjà antérieurement.

Celui qui a blessé mortellement une bête fauve, et qui la poursuit de près, n'en est pas possesseur tant qu'il ne l'a pas saisie ou tuée : car différentes circonstances peuvent encore l'empêcher de s'en emparer (1), et il ne lui a été possible, à aucun instant encore, d'en disposer à volonté, ainsi qu'il le faudrait pour en acquérir la possession. Pour le même motif, le propriétaire d'un fonds n'acquiert la possession d'un trésor qui s'y trouve enfoui que lorsqu'il le déterre, parce qu'ici aussi il est fort possible qu'un autre trouve ce trésor, lequel alors n'aurait été à aucun instant réellement au pouvoir du propriétaire du sol.

D'autre part, nous pouvons acquérir la possession d'une chose par le seul fait de son dépôt dans notre demeure, même si nous n'y sommes pas présent en personne (2); et cependant ici aussi il n'est pas impossible que, peu de temps après, la maison soit violemment occupée par d'autres, et qu'ainsi nous n'ayons jamais eu la chose en notre pouvoir. De même on peut du haut d'une tour transférer la possession d'un fonds de terre voisin (3); quoique ici encore il soit possible que le nouveau possesseur ne

(1) Voyez page 205.
(2) Voyez page 209.
(3) Voyez page 196.

puisse jamais disposer réellement de ce fonds, parce qu'au moment même où il voudra y entrer, un autre, qui prétend aussi avoir droit à cette possession, viendra précisément s'en emparer et le repousser violemment.

Pourquoi donc n'acquiert-on pas de possession dans les cas de la première espèce, pourquoi en acquiert-on dans ceux de la seconde? — C'est évidemment parce que, dans les premiers, la possibilité de se voir enlever la chose, avant même qu'on l'ait eue en son pouvoir, se présente très-naturellement à l'esprit, tandis que, dans les cas de la seconde espèce, elle est si éloignée, qu'elle disparaît en quelque sorte complétement aux yeux du possesseur. Chacun trouvera fort possible qu'un animal blessé lui échappe, ou que le trésor, objet de ses recherches, soit trouvé avant lui par une autre personne, tandis que la violation du domicile, ou la survenance d'un nouveau possesseur, ignoré jusque-là, avant même qu'on ait eu le temps de se rendre sur le fonds de terre qu'on a en vue, sont des faits tellement improbables que personne ne s'arrêtera à leur possibilité. Dès lors, dans ces derniers cas, à la différence des premiers, on pourra fort bien avoir la conviction de la possibilité de disposer matériellement de la chose, et de cette manière le fait qui doit nous donner la possession se trouve parfaitement précisé. Il faut, en effet, que la possibilité de disposer librement de la chose se présente comme réelle et immédiate à l'esprit de celui qui veut acquérir la possession.

Par là même, une formule nouvelle nous est donnée pour désigner la substance de la possession, formule qui nous permet d'embrasser d'un coup d'œil général les règles sur l'acquisition et la perte de la possession. En effet, toute possession se base sur la conviction d'un pouvoir illimité de disposer physi-

quement de la chose (1). Pour que cette conviction se produise, il faut la volonté d'avoir la chose en propre : *animus* (2); en même temps il faut les éléments matériels constitutifs de ce pouvoir de disposer dont le possesseur doit avoir la conviction : *corpus*. La continuation de la possession résulte de la continuation des mêmes conditions qui ont donné lieu à son acquisition : *corpore et animo;* mais il est très-naturel que pour cette continuation il ne faut pas toujours ce pouvoir physique immédiat qu'il fallait pour l'acquisition première; il suffit qu'on puisse le reproduire à volonté. Voilà pourquoi la possession d'une chose, une fois acquise, ne se perd pas par le seul éloignement, et cependant le rapport physique dans lequel on se trouve alors à l'égard de cette chose ne serait certes pas suffisant pour en faire acquérir en principe la possession (3). Cette différence entre les conditions matérielles de l'acquisition et celles de la continua-

(1) Si l'on exprime mon idée en disant : « Celui qui croit pouvoir disposer physiquement d'une chose en est possesseur, » il sera certes bien facile de la combattre; c'est ce qu'a fait ZACHARIÆ (*de poss.*, p. 27). Mais je crois m'être si bien prémuni contre ce malentendu, que je ne pense pas pouvoir mieux préciser ma pensée. J'ai dit, en effet, d'une manière bien positive, que les faits qui donnent lieu à cette conviction doivent exister réellement, de sorte qu'il n'a été question de cette conviction qu'à raison de ces faits, soit pour expliquer la nécessité de ces derniers, soit aussi pour mieux en caractériser la nature. En ce qui concerne la continuation de la possession, j'ai dit tout aussi clairement qu'elle résulte de la possibilité de reproduire tout ce qui a donné lieu à son acquisition (1re édition, §§ 29 et 32), possibilité qui n'est nullement enlevée par l'éloignement de la chose, ou par l'oubli de la possession, mais bien par la perte de la chose, ou par l'*animus non possidendi*.

(2) Il ne saurait être question ici de la possession dérivée, en tant que d'une simple modification de l'idée première de la possession (§ 9). (Voyez Appendice, n° 71.)

(3) Cette différence entre la continuation et l'acquisition première de la possession se remarque même dans les expressions employées; ainsi

tion de la possession serait inexplicable si on ne les rapportait ainsi à la conviction du possesseur (1).

Cette manière de voir pourra peut-être mettre un terme à la controverse qui s'est élevée sur la nature de l'appréhension. Nous avons vu, au § 14, que la plupart des auteurs considèrent l'appréhension comme purement fictive lorsqu'elle ne consiste pas en un contact physique avec la chose, tellement que plusieurs ne l'admettent qu'en matière de tradition, ou même seulement lorsqu'il s'agit de la propriété. D'autres ont bien une idée juste de l'appréhension, mais sont cependant portés à y admettre une distinction selon que le possesseur seul s'est emparé de la chose, ou qu'elle lui a été remise par tradition (1). Une telle distinction peut du reste être admise, pourvu qu'on ne la rapporte pas au principe même, mais seulement à la manière de l'appliquer. En effet, si l'on se demande comment la conviction du pouvoir physique de disposer d'une chose pourra résulter de la présence immédiate, il est certain que la réponse sera très-différente

dans une seule et même hypothèse, tantôt on nie l'existence de la *custodia* (L. 3, § 3, *de poss.*), tantôt on l'admet (L. 44, pr. *de poss.*) : c'est que dans le premier cas il s'agit de l'acquisition et dans l'autre de la continuation de la possession.

(1) ZACHARIÆ considère comme un avantage important de la notion qu'il donne de la possession, que d'après elle l'acquisition et la continuation de la possession reposent sur les mêmes conditions (*de poss.*, p. 27). Toutefois cette similitude résulte, non pas de sa manière d'envisager la possession, mais plutôt de la proposition suivante : *Initio possessionis probato, tamdiu ejus retentio præsumitur, donec probetur contrarium, i. e. finis* (p. 16). L'auteur n'arrive pas logiquement à cette proposition ; au contraire, elle est plutôt opposée à sa notion de la possession. Car, d'après celle-ci, les *signa e quibus constet alicui inesse animum*, etc., appartiennent à l'essence de la possession. Ici, au contraire, ils ne sont qu'un moyen de preuve qu'il s'agit de remplacer par une présomption gratuite.

(2) Par exemple, HUFELAND, *Neue Darstellung*, p. 88 et suiv.

selon les circonstances, et surtout à raison de la présence possible d'un tiers qui agirait en sens contraire. Sans doute cette conviction se produira le plus facilement dans le cas de la tradition, puisque en général la durée même de la possession antérieure lui aura donné en quelque sorte un plus grand degré de sécurité, et que le nouveau possesseur acquiert en une fois cette sécurité qui était résultée insensiblement de la durée et de l'habitude. De cette manière le même fait, suffisant pour donner la possession quand il est accompagné de tradition, pourra ne plus l'être dans le cas de l'occupation sans intervention d'un tiers. La controverse sur ce point n'aura dès lors presque plus d'importance pratique, puisque, dans la plupart des cas, la question de savoir s'il y a, ou non, possession acquise se résoudra de la même manière, quelque opinion qu'on préfère. Reste alors la controverse sur le principe théorique et sur mainte conséquence pratique de ce principe, puisque mes adversaires considèrent comme fictive plus d'une acquisition par tradition que je trouve parfaitement naturelle, et veulent par conséquent la baser sur des conditions purement juridiques, contrairement à la nature même de la possession (1). L'opinion la plus opposée aux vrais principes en cette matière consiste à n'admettre souvent la possession que comme une conséquence de la propriété (2). Ce n'est pas seulement méconnaître le vrai rapport de ces deux notions entre elles, c'est encore se mettre en contradiction avec les textes mêmes; car plusieurs des passages que j'ai cités aux §§ 15, 16 et 17, pour en déduire la notion générale de l'appréhension, parlent bien, il est vrai, de la seule tradition, mais n'exigent

(1) Voyez pages 190 et 191.
(2) Voyez page 191.

absolument pas que l'auteur de la tradition soit propriétaire, ou même seulement possesseur de bonne foi. Ils n'ont donc pas plus spécialement en vue la translation de propriété que tous les cas où la tradition ne confère aucun droit quelconque sur la chose.

Le principe fondamental de l'appréhension, tel que nous venons de le préciser en analysant les diverses décisions portées par les jurisconsultes romains, devra maintenant nous guider pour résoudre les cas que le droit romain ne prévoit pas spécialement.

Supposons qu'il s'agisse de la possession d'un vaste domaine qui contienne plusieurs fermes, suffira-t-il aussi de se rendre à l'une des extrémités de ce domaine pour en acquérir la possession? Le droit romain ne prévoit pas ce cas; les *fundi* dont il parle ne sont évidemment que des fonds de terre de peu d'étendue et qu'on peut embrasser d'un coup d'œil. D'après notre principe, le fait que nous supposons n'aura certes pas fait acquérir la possession; il faut pour cela un acte qui puisse donner lieu à une conviction intime du pouvoir que l'on a de disposer de chaque partie du domaine. Ce domaine, auquel on attribue en droit une certaine unité (*universitas*), doit à l'égard de cet acte, qui n'a aucune forme juridique spéciale, être considéré comme un composé de diverses parties. Il en est tout autrement si l'on admet, comme on le fait généralement, que la possession des fonds de terre peut s'acquérir par des actes symboliques; l'effet d'un tel acte symbolique s'appliquerait à la chose entière, puisqu'on la considère en droit comme un tout juridique; la disposition des lieux et l'étendue ne sauraient faire alors de différence.

§ 19.

ACQUISITION PAR SUITE D'UNE APPRÉHENSION ANTÉRIEURE.

Après avoir ainsi complétement précisé la notion de l'acte extérieur qui, réuni à l'*animus*, produit la possession, il ne nous reste plus qu'à parler du cas où le rapport physique avec la chose existe déjà, avant qu'il s'agisse d'acquérir la possession.

Il est évident que, dans ce cas aussi, l'*animus* doit venir s'y joindre, comme seconde condition de toute acquisition de possession; mais quant à l'appréhension, qui seule nous occupe encore pour le moment, rien de nouveau ne doit plus s'y ajouter. Dans ce sens, l'*animus* seul fait ici acquérir la possession (1), puisque, au moment où l'acquisition se réalise, aucun autre élément nouveau en dehors de cette détermination de volonté n'a besoin de se produire.

De même il est évident que, pour l'acquisition de la possession, il suffira alors de ce rapport physique moins intime par lequel peut se conserver une possession acquise déjà antérieurement (2), en supposant, bien entendu, qu'une autre appréhension ait d'ailleurs précédé.

Le cas le plus important dont nous ayons à parler ici est celui de la *traditio brevi manu*. On entend par là deux choses bien distinctes : tantôt le transfert de la propriété, alors que la

(1) L. 3, § 3, *de poss.* « *Neratius et Proculus, (et) solo animo* NON POSSE *nos adquirere possessionem,* SI NON *antecedat naturalis possessio.* » Voy. p. 214, note 3.) (Voyez Appendice, n° 72).

(2) Voyez page 221.

possession avait déjà été transférée précédemment (1), hypothèse qui ne saurait nous intéresser ici, puisqu'elle ne produit aucun changement dans la possession (2); tantôt le transfert de la possession à celui qui jusque-là n'avait que la simple détention, et qui acquiert ainsi la possession de la manière que nous ve-

(1) L. 21, § 1, *de adq. rer. dom.* « *Si rem meam* POSSIDEAS, *et eam velim* TUAM ESSE : *fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit.* » — Cf. L. 46, *de rei vindic.* — Il n'est absolument pas nécessaire que la chose soit présente lors d'un tel contrat, car la L. 47, *de rei vind.* parle évidemment de celui qu'on appelle *fictus possessor*, c'est-à-dire du défendeur, qui n'est pas réellement possesseur (*cum* POSSESSIONEM *ejus possessor* NACTUS SIT), *res absens* désigne donc une chose dont il n'a pas la possession. — Il ne faut absolument pas rapporter à cette question les passages suivants : L. 11, pr. — L. 15, *de reb. cred.* — L. 34, pr. *mandati*, car celui qui doit à un autre de l'argent *ex mandato* a actuellement la propriété et la possession des pièces d'argent ; la transformation de l'obligation en un *mutuum* ne change absolument rien ni à la propriété ni à la possession ; la question de savoir si cette transformation est possible, question sur laquelle les passages cités se contredisent évidemment, n'appartient donc ni à la théorie de la propriété, ni à celle de la possession. — L'article publié sur mon ouvrage dans le *Jurist. Archiv*, vol. 4, p. 441, objecte que le mandataire qui a reçu de l'argent pour le mandant n'est ni propriétaire ni possesseur des espèces reçues, « en supposant, bien entendu, que la somme reçue soit encore présente en espèces entre les mains du mandataire. » Mais c'est précisément le contraire qu'il faut supposer ici ; d'abord parce qu'il n'est question que des rapports d'obligations personnelles, et là il est tout à fait naturel et habituel de ne pas s'inquiéter du point de savoir si le mandataire a conservé les espèces reçues ; ensuite, parce que la L. 34, pr. citée oppose précisément sous ce rapport le dépôt au mandat : « *Nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat :* QUIA TUNC NUMMI, QUI MEI ERANT, TUI FIUNT. » Rien de plus naturel : la conservation des espèces, fait exceptionnel chez le mandataire, est, au contraire, le devoir du dépositaire.

(2) (Add. de la 7e éd.) Ceci doit être exprimé d'une autre manière, car en réalité il y a ici d'abord réacquisition et ensuite nouveau transfert de la possession. Voyez *System des rœm. Rechts*, IV, 9e supplément, n° 8.

nons d'indiquer. Voici les passages qui se réfèrent à ce point :

1. L. 9, § 5, *de adq. rer. dom.* (§ 44, I. *de rerum divisione*).

« *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini suffi-*
« *cit ad rem transferendam : veluti si rem quam* COMMODAVI *aut*
« LOCAVI *tibi, aut apud te* DEPOSUI (1), *vendidero tibi : licet enim*
« *ex ea causa tibi non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex*
« *causa emtionis apud te esse,* TUAM EFFICIO. »

2. L. 62, pr. *de evictionibus.*

« *Si rem, quæ* APUD TE *esset* (2), *vendidissem tibi, quia* PRO
« TRADITA HABETUR, *evictionis nomine me obligari placet.* »

3. L. 9, § 9, *de rebus creditis.*

« *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti : Nerva,*
« *Proculus,* ETIAM ANTEQUAM MOVEANTUR (3), *condicere quasi mutua*
« *tibi hæc posse aiunt; et est verum, ut et Marcello videtur :*
« ANIMO ENIM COEPIT POSSIDERE. »

Ces passages s'occupent principalement du transfert de la propriété, mais du transfert opéré au moyen d'un de ces actes dont il est dit : PER POSSESSIONEM *dominium quæritur;* ils s'appli-

(1) Tous ces actes ne transfèrent pas de possession juridique (voyez, plus loin, notre § 23).

(2) L. 63, *de verb. sign.* « PENES TE *amplius est, quam* APUD TE ; *nam* APUD TE *est quod qualiter qualiter a te teneatur,* PENES TE *est, quod quodammodo possidetur.*

(3) Sans nouvelle appréhension, par conséquent.— Le passage suivant de la L. 10, *de rebus cred.* décide précisément le contraire dans un autre cas, parce que l'emploi réel des espèces y est, d'après la volonté des parties, la condition de l'existence du *mutuum.*

quent donc aussi à la possession (1), c'est-à-dire que non-seulement la possession y est toujours transférée en même temps que la propriété, mais qu'elle peut même être transférée seule et sans qu'il s'opère de mutation dans la propriété, par exemple lorsque le vendeur n'est pas propriétaire, ou bien lorsque celui qui reçoit la chose doit en devenir véritable possesseur à titre de gage, de *precarium* ou d'emphytéose.

A ce mode d'acquérir la possession appartient encore la transmission d'une chose sous condition. En principe, la possession n'y est pas transférée; mais dès que la condition se réalise, la possession, qu'on exerçait jusque-là au nom d'autrui, se trouve immédiatement acquise.

L. 38, § 1, *de poss.*

« ... *existimandum est*, POSSESSIONES SUB CONDITIONE TRADI « POSSE, *sicut res sub conditione traduntur* (2), *neque aliter acci-* « *pientis fiunt, quam conditio exstiterit.* »

Toutefois, à propos de cette manière d'acquérir la possession, il ne faut pas oublier une restriction qui ne nous deviendra bien claire que plus loin. En effet, celui qui fait exercer par un tiers la possession qu'il a d'une chose mobilière, ne saurait perdre cette possession par la seule volonté de ce tiers; il faut pour cela un véritable vol, un détournement, *furtum, contrectatio* (3).

(1) Voyez page 10.

(2) En d'autres termes, de même que la propriété, et par là médiatement aussi la possession, peuvent se transmettre conditionnellement, de même la possession à elle seule, et sans rapport avec la propriété, peut aussi être transmise sous condition. Comp. L. 2, § 3, *de don.* — L. 38, pr. *de damno inf.* (Voyez Appendice, n° 73.)

(3) Voyez notre section 3e.

Dès lors son représentant aussi ne pourra acquérir cette possession que par détournement (*contrectatio*), puisque sans cela il y aurait deux possesseurs d'une seule et même chose (1); c'est là une véritable exception à notre règle.

§ 20.

ANIMUS POSSIDENDI.

Nous avons ainsi complétement défini l'acte physique qui fait acquérir la possession ; mais à cet acte doit se joindre, pour que la possession se produise réellement, une volonté déterminée, *animus* : c'est le point que nous aurons à examiner maintenant.

En principe, cette volonté consiste à traiter la chose comme nous appartenant : *animus domini*; ce point est assez clair par lui-même, et il suffit de prémunir contre la confusion que l'on pourrait faire entre cet *animus domini* et la conviction d'être réellement propriétaire, *opinio domini* (2). Mais le droit de la possession peut dans certains cas s'aliéner indépendamment de toute propriété, et pour la possession dérivée, qui se produit ainsi, ce n'est plus l'*animus domini* qui doit se joindre à l'appréhension, mais simplement l'*animus possidendi*, c'est-à-dire que l'on doit vouloir acquérir la possession de cette manière et au point de vue de l'acte juridique que nous supposons. Ce point aussi n'exige pas de développements ; mais il est essentiel de bien préciser les cas où le droit romain admet une semblable possession dérivée, et déroge par conséquent à la règle de l'*animus* DOMINI, et c'est ici le moment de nous en occuper.

(1) Voyez page 166.
(2) Voyez page 89.

Mais il est des cas où, sans égard à cette distinction, le manque d'*animus* rend impossible l'acquisition de la possession. En effet, celui qui, en général, ne peut avoir de volonté, ne peut non plus acquérir de possession, et de même on ne peut acquérir la possession d'une chose qu'on ne saurait se représenter comme distincte et individuelle.

Nous devons donc, à propos de l'*animus possidendi*, examiner trois questions :

1. Quelles sont les personnes qui ne peuvent acquérir de possession, parce qu'elles sont en général incapables d'avoir une volonté? — § 21.

2. Quelles choses ne peuvent être possédées parce que l'*animus possidendi* ne se conçoit pas à leur égard? — § 22.

3. Dans quels cas peut-il y avoir possession dérivée, c'est-à-dire, quand peut-on acquérir la possession sans *animus* DOMINI? — §§ 23 à 25.

§ 21.

PERSONNES INCAPABLES D'AVOIR L'*ANIMUS POSSIDENDI*.

Quelles sont les personnes qui ne peuvent acquérir de possession parce qu'elles sont incapables de volonté (1)?

Ce sont, d'abord, les *personnes civiles*, c'est-à-dire toutes celles qui ne deviennent capables d'avoir des droits que grâce à une fiction juridique. — Ainsi une succession, *hereditas jacens*,

(1) Toutes ces personnes (les corporations, les insensés, les enfants) ne peuvent acquérir de possession par elles-mêmes ; nous verrons, plus loin, au § 26, comment elles le peuvent par le moyen de ceux qui les représentent.

(Add. de la 7e éd.) Voy. *Syst. des rœm. Rechts*, § 91, et WARNKOENIG dans *Archiv f. civil. Praxis*, vol. 20, p. 412.

peut avoir et même acquérir toute espèce de droits, la propriété par exemple, mais elle ne peut acquérir de possession. L'appréhension pourrait jusqu'à un certain point se concevoir, par exemple, lorsqu'une chose se trouve dans une maison appartenant à la succession ; mais l'*animus possidendi* est ici absolument impossible, et dès lors la succession ne saurait acquérir de possession. (Voyez Appendice, n° 74.)

L. 1, § 15, *si is qui testamento liber.*

« ... *possessionem hereditas non habet, quæ* (*i. e. quippe quæ*) « *est facti et animi...* »

Pour le même motif, les corporations ne sauraient acquérir de possession.

Cette incapacité, tout à fait générale chez les personnes civiles, peut aussi se présenter chez des personnes physiques à raison de certaines circonstances individuelles. Ainsi les insensés ne peuvent acquérir de possession, parce que l'*animus possidendi* ne se conçoit guère chez eux, et ici, pas plus qu'ailleurs, il ne pourrait être question d'une *auctoritas curatoris*, qui permettrait à l'insensé d'acquérir la possession :

L. 1, § 3, *de poss.*

« FURIOSUS *et pupillus sine tutoris auctoritate*, NON POTEST IN- « CIPERE POSSIDERE : QUIA AFFECTIONEM TENENDI NON HABENT, *licet* « *maxime corpore suo rem contingant : sicuti si quis dormienti* « *aliquid in manu ponat.* SED PUPILLUS *tutore auctore incipiet* « *possidere.* »

L. 18, § 1, *de poss.*

Le bas âge exclut également la possibilité de l'acquisition de possession ; il s'agit seulement de préciser l'époque où finit cette

incapacité. — Il est certain qu'ici, comme dans tous les cas semblables, la puberté supprime toute incapacité; il ne nous reste donc à distinguer que l'impuberté, dans le sens restreint du mot, et l'enfance.

Quant à l'incapacité des impubères qui ne sont plus enfants, on applique la règle suivante : l'acquisition de la possession est toujours possible lorsque le tuteur intervient; elle ne l'est pour le pupille agissant seul que lorsqu'il est suffisamment développé pour pouvoir comprendre et vouloir sérieusement cette acquisition :

L. 1, § 3, *de poss.*

« ... PUPILLUS TUTORE AUCTORE INCIPIET POSSIDERE. *Ofilius*
« *quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere*
« *incipere posse pupillum aiunt : eam enim rem facti, non juris*
« *esse* : QUÆ SENTENTIA RECIPI POTEST, SI EJUS ÆTATIS SINT, UT INTEL-
« LECTUM CAPIANT. »

L. 26, C. *de donat.*

« *Si quis in emancipatum minorem, prius quam fari possit,*
« AUT HABERE REI QUÆ SIBI DONATUR ADFECTUM, *fundum crediderit*
« *conferendum*... PER... SERVUM TRANSIGI PLACUIT... (1). »

La question est plus difficile lorsqu'il s'agit d'enfants. Que

(1) Ces ceux passages bien précis doivent nous servir à interpréter d'autres textes qui mentionnent d'une manière vague la possibilité d'une telle acquisition, sans en indiquer les conditions. L. 1, § 11, *de pois.* L. 32, § 2, *eod.* L. 9, pr. *de auctor. et const. tutor.* C'est surtout la L. 26, C. *de don.* qui me fait croire que la question de capacité du pupille ne peut se décider qu'individuellement dans chaque cas spécial ; de sorte que le § 10, I. *de inut. stip.* qui proclame capable tout individu *infantia major*, sans distinction, ne doit s'entendre que de la stipulation. (Voyez Appendice, n° 75.)

l'enfant ne puisse acquérir de possession par lui-même, cela résulte déjà de ce que, même les pupilles, n'ont pas ce droit sans restriction; d'autre part, il est tout aussi certain que le tuteur peut acquérir la possession au nom de l'enfant, point qui, du reste, ne doit pas encore nous occuper ici. Mais l'acte personnel de l'enfant peut-il faire acquérir la possession, lorsque l'*auctoritas* du tuteur vient s'y joindre? Deux motifs semblent devoir faire répondre négativement à cette question : d'abord, parce que partout ailleurs les lois ne parlent de l'*auctoritas* du tuteur que là où il s'agit de pupilles proprement dits, et non pas d'enfants (1); en second lieu, parce que l'acquisition de la possession n'est pas un acte juridique, et que c'est la volonté du possesseur qu'il faut considérer, sans qu'on puisse y suppléer par une fiction juridique. Mais puisque le tuteur peut acquérir la possession au nom de l'enfant, sans que celui-ci y consente d'une manière quelconque, il est clair que le second motif indiqué ne doit pas pouvoir être invoqué pour contester la validité de l'*auctoritas*. De plus, par analogie de ce qui se passe dans un autre cas d'appréhension (2), l'acte entier peut être considéré comme si le tuteur lui-même prenait possession au nom de l'enfant. Ainsi tombe également le premier motif basé seulement sur la nature juridique de l'*auctoritas*. — Ce point a d'abord été controversé parmi les jurisconsultes romains; plus tard on a admis la validité de l'*auctoritas*, en donnant expressément pour raison l'analogie avec le cas où le tuteur acquiert seul la possession pour l'enfant, analogie que nous venons de signaler.

(1) § 10, I. *de inut. stip.* — L. 1, § 2, *de admin. tut.* — L. 5, *de reg. jur.*

(2) L. 1, § 21, *de poss.* « *Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in præsentia sit, videri mihi traditam Priscu ait.* » Voyez page 200.

L. 32, § 2, *de poss.*

« *Infans possidere recte potest, si tutore auctore cœpit* : *nam* « *judicium infantis suppletur auctoritate tutoris* : UTILITATIS ENIM « CAUSA HOC RECEPTUM EST ; NAM ALIOQUIN NULLUS CONSENSUS INFAN- « TIS EST (1) ACCIPIENTI (2) POSSESSIONEM. »

Dans ce passage, le *tutor* AUCTORITATEM INTERPONENS est évidemment mis en opposition avec le *tutor* ACCIPIENS *possessionem*, et de la validité incontestable du second acte on conclut à la validité du premier. Le sens du passage entier est donc celui-ci : « La

(1) Cette leçon se trouve dans les manuscrits suivants : *Cod. Rehd*, deux manuscrits de Paris (nos 4456 et 4485); un manuscrit de Munich (n° 21), celui de Louvain, l'édition de Venise de 1494, et deux éditions plus récentes de Tortis de 1499 et de 1502. On trouve *consensus infanti est*, ou *est infanti*, ce qui revient au même, dans cinq manuscrits de Paris : nos 4479, 4480, 4486, 4486 *a*, et un manuscrit du fonds de Notre-Dame, dans un manuscrit qui m'appartient, dans les éditions de Venise de 1485 et de 1491, et dans celles de Lyon de 1508 et de 1509. — Les Pandectes florentines portent « ... SENSUSE *sit infantis* : » dans le manuscrit déjà la faute est corrigée par *sensus est* ; malgré cela, GEBAUER a fait imprimer *sensus sit* : cela n'est pas dans le manuscrit, et cela ne donne aucun sens à la phrase. — D'autres éditions portent : « SENSUS INFANTIS EST : » *Rom.* 1476, *Nor.* 1483, *Lugdun.* 1513, *Lugd.* 1519, *Haloandr.*, Paris, 1514, 1536. A ce propos Gebauer observe : « *Hal. trajicit voces* : SENSUS INFANTIS EST, *ut nunc existimo auctoritate alicujus codicis suffultus* : » Godofredus n'avait pas ici noté de variante. Les autres manuscrits portent les uns *sensus infantis est*, d'autres *sensus infanti est*, d'autres enfin *sensus est infanti*.

(2) *Accipienti* se trouve dans *Cod. Rehd.*, dans trois manuscrits de Paris (nos 4458, 4479, 4487), dans le manuscrit de Munich n° 21, et dans l'édition de Venise de 1485. Cependant le manuscrit de Rehdiger porte *accipientis* d'une écriture plus récente, au lieu d'*accipienti*. Les autres éditions et manuscrits portent *accipiendi*, conformément au texte florentin ; le manuscrit de Louvain dit *acquirendi*.— D'après ces observations, la leçon complète, que je considère comme exacte, ne se trouve que dans le manuscrit de Munich n° 21, mais chacune de ses parties se retrouve dans plusieurs manuscrits ou anciennes éditions.

« validité de l'*auctoritas* a été admise par dérogation à la règle « générale, *utilitatis causa;* car si on voulait l'écarter, on le « pourrait seulement par le motif que ce n'est pas le possesseur « lui-même qui a l'*animus possidendi;* or, c'est aussi le cas « lorsque ce n'est pas l'enfant qui acquiert *auctore tutore,* mais « que le tuteur lui-même acquiert la possession au nom de « l'enfant, puisque dans ce cas aussi l'enfant n'a pas d'*animus* « *possidendi* (1). La possession n'en étant pas moins considérée « comme acquise, il était logique de l'admettre aussi dans le « premier cas. » — Cette interprétation suppose la leçon que nous avons admise plus haut. Plusieurs auteurs (2), adoptant la leçon ordinaire : « *nam alioquin nullus* SENSUS *infantis est* « ACCIPIENDI *possessionem,* » donnent l'interprétation suivante : « Car sans cela, c'est-à-dire sans *auctoritas tutoris,* l'enfant ne « pourrait pas avoir d'*animus possidendi* (*sensus sive intellectus* « *accipiendi possessionem*). » Cette explication n'est pas admissible, d'abord parce que l'enfant n'a pas davantage de *sensus,* lorsque le tuteur interpose son *auctoritas,* ce qui enlève tout sens plausible au mot *alioquin,* ensuite parce que tout ce passage a pour but, non pas de prouver la nécessité de l'*auctoritas,* mais d'expliquer comment, d'après l'opinion consacrée désormais, la possession pourra s'acquérir par le moyen de cette *auctoritas.* — Quant à l'explication que nous avons donnée plus haut, elle n'est pas inconciliable non plus avec la leçon ordinaire, mais le sens en est bien plus vague et plus indécis. — Il est facile de conce-

(1) *Nam alioquin* (pour *nam et alioquin,* c'est-à-dire « dans un autre cas aussi, » lequel cas est immédiatement désigné par le mot *accipienti*) « *Nullus consensus infantis est accipienti* (*sc. tutori*) *possessionem.* »

(2) *Glossa in h.* L. — CUJAS *in h.* L. (*opp.*, t. 8, p. 297). — GIPHANIUS *in h.* L. (*lectur. Altorph.*, p. 394).

voir comment les autres leçons sont nées de la nôtre : le rapport entre le mot *accipienti* et le tuteur étant plus ou moins caché, les copistes cherchèrent à mettre ce mot en rapport avec *infans*, soit en mettant *infanti* au lieu de *infantis* (1), soit en transformant *accipienti* en *accipientis* (2) ou en *accipiendi* (3), et cette dernière transformation a elle-même donné lieu à celle de *consensus* en *sensus*.

Il faut encore citer ici un autre texte devenu célèbre par les nombreuses interprétations auxquelles il a donné lieu, et par l'application pratique qu'on en a faite (4). Pour l'interpréter il est nécessaire de remarquer particulièrement que l'empereur indique, en terminant, un motif de sa décision, en ajoutant que ce motif se trouve déjà exprimé dans un *responsum* de Papinien. Là où se trouve le motif de la règle, doit aussi se trouver la règle elle-même, et dès lors il est fort naturel de chercher avant tout dans les *responsa* de Papinien le passage rappelé. Or, ce passage n'est autre que la L. 32 *de poss.* que nous venons d'expliquer. Dans le manuscrit de Florence, il porte, il est vrai, la suscription : *Paulus lib.* 15 *ad Sabinum* (5), mais Alciat dit, d'après d'autres manuscrits : *Papinianus lib.* 11 *Responsorum* (6), et en supposant l'authenticité de ce témoi-

(1) *Ed. Ven.* 1485, *Ven.* 1491, *Lugd.* 1508, 1509.
(2) *Cod. Rehd.*
(3) *Cod. flor. rel.*
(4) L. 3, C. *de poss.*
(5) L'édition de Senneton (*Lugd.* 1550, f°) porte « *Pauli* lib. 12; » de même l'édition *Juntina* de 1594. 4°, a dans le texte : *Paulu<* lib. 12. et indique seulement en marge la leçon florentine. Un manuscrit de Paris, n° 4487, indique la suscription : *Pomp.* Les autres manuscrits et éditions que je connais concordent avec le manuscrit florentin.
(6) *Alciatus in* L. 1, § 3, *de poss.* (*opp.*, t. 1, p. 1208) « *suadetur et auctoritate Papiniani, quem adducit, qui infra expresse loquitur, cum tutor*

gnage (1), il est certain que cette leçon est plus plausible que la première. Car la L. 30, *de poss.* porte également la suscription : *Paulus lib.* 15 *ad Sabinum*, tandis qu'auparavant, dans tout le livre 41, il ne se trouve pas un seul extrait des *responsa* de Papinien. Dès lors on ne saurait concevoir comment un copiste aurait mis l'inscription d'Alciat à la place de l'inscription florentine; l'inverse au contraire se conçoit fort bien, car il arrive souvent que dans les Pandectes un seul et même texte se trouve interrompu par un autre passage, et le copiste peut fort bien avoir considéré cette fois comme une seule citation la L. 30 et la L. 32, entre lesquelles on aurait seulement intercalé les quelques mots formant la L. 31 (2).

Cette connexion entre la L. 3, C. *de poss.* et la L. 32, *de poss.* prouve que le sens de la première ne saurait être autre que celui-ci : un enfant acquiert la possession d'une chose lorsque le tuteur supplée, par son *auctoritas*, l'*animus* qui manque à l'enfant. Cette règle est appliquée par le rescrit à un cas spécial, et ce cas doit être le suivant : Une donation avait été faite à un

intervenit : dict. L. QUAMVIS (32) IN FIN. *adscribitur enim aliquibus in codicibus ea lex* PAPINIANO LIB. RESPONS. 11. » — Ailleurs ALCIAT décrit son ancien manuscrit sans glose et avec des inscriptions (*dispunct.* lib. 1 *proœm.*)

(1) CUJAS qualifie une fois de mensongères toutes ces données d'ALCIAT (*comm. in* L. 133, *de verb. obl., opp.*, t. 1, p. 1249) Tient-on compte de l'exagération, il restera seulement acquis qu'ALCIAT cite incorrectement quelques leçons florentines. Or précisément là AUGUSTIN (*emend.* III, 3, dans OTTO, IV, p. 1504) a si bien expliqué l'erreur, que dans aucun cas nous ne sommes autorisés à admettre qu'ALCIAT ait à dessein altéré la vérité.

(2) Note de la 4e éd. : Nous ne pouvons cependant nier que les découvertes de BLUHME sur l'ordre des fragments du Digeste ne soient contraires à notre leçon (*Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft*, IV, 418).

enfant; le donateur avait mis l'enfant lui-même en possession, et le tuteur avait interposé son *auctoritas*. Plus tard, on se demanda si la possession avait bien été acquise de cette manière? La raison de douter était que l'appréhension et l'*animus* ne s'étaient pas trouvés réunis dans une seule et même personne: le tuteur avait l'*animus possidendi* pour l'enfant, mais l'enfant ayant posé lui-même l'acte physique constituant l'appréhension, on se demanda si cette dernière circonstance n'avait pas empêché l'acquisition de la possession. Cette question fut soumise à l'empereur, qui répondit par le rescrit suivant :

« *Donatarum rerum a*
« *quacunque persona in-*
« *fanti vacua possessio*
« *tradita* CORPORE (1) *quæ-*
« *ritur. Quamvis enim*
« *sint auctorum senten-*
« *tiæ dissentientes* (2) :
« *tamen consultius vide-*
« *tur* INTERIM (3), *licet*
« *animi plenus non fuis-*
« *set affectus* (4), *posses-*

L'acte physique posé par l'enfant peut sans doute dans un cas semblable faire acquérir la possession de la chose donnée. Car, malgré l'opinion divergente d'auteurs anciens, il vaut mieux considérer provisoirement cette possession comme acquise par cette tradition, quoique l'enfant lui-même qui a posé l'acte matériel n'ait pu avoir en même temps l'*animus*. La raison de

(1) Ce mot prouve qu'il ne s'agit pas d'admettre ici un *animus* dans le chef de l'enfant, contrairement à la règle générale, mais seulement de considérer comme appréhension valable l'acte matériel posé par lui. Or, comme toute possession exige aussi l'*animus*, il faudra bien trouver cet élément ailleurs, en dehors de l'enfant, c'est-à-dire dans l'*auctoritas* du tuteur.

(2) L. 32, § 2, *de poss.* « *utilitatis enim causa hoc* RECEPTUM EST. » — Auparavant le contraire était donc aussi enseigné par les auteurs.

(3) C'est-à-dire jusqu'à ce que l'enfant devienne pubère, car alors la possession peut commencer conformément aux règles ordinaires.

(4) Cet *affectus minus plenus* n'est pas ici considéré fictivement comme

« *sionem per traditionem*
« *esse quæsitam : alioquin,*
« *sicuti consultissimi viri*
« *Papiniani responso conti-*
« *netur* (1) *nec quidem* PER
« TUTOREM (2) *possessio in-*
« *fanti poterit acquiri* (3). »

décider ainsi, raison qu'indique déjà Papinien dans un *responsum,* c'est que sans cela il faudrait, pour être conséquent, ne pas même admettre d'acquisition de possession lorsque l'appréhension émane du tuteur lui-même.

Les interprétations les plus remarquables de ce passage peuvent se ranger dans trois classes.

Les glossateurs les plus anciens paraissent déjà avoir supposé l'*auctoritas* du tuteur; c'est là le point essentiel. Alciat donna par sa variante plus de poids à cette interprétation (4) : et si aucun auteur n'y a fait attention après lui, c'est probablement parce que lui-même en a si peu tiré parti. Mais, indépendamment de cette combinaison, Doneau a si bien développé cette explication, en s'attachant à approfondir le texte, que toute controverse aurait, dès lors, dû cesser (5).

un *affectus plenus :* au contraire, il est considéré comme n'existant pas en droit; seulement, cette circonstance n'empêchera pas l'acquisition de la possession.

(1) L. 32, § 2, *de poss.*

(2) Ces mots *per tutorem,* opposés à *auctore tutore,* se réfèrent à l'acquisition de la possession au moyen d'un acte physique posé par le tuteur au nom de l'enfant. L. 1, § 20, *de poss.*

(3) Voici comment s'exprime Papinien pour conclure ainsi de la validité d'une acquisition faite *per tutorem* à la validité de l'*auctoritas* : « *nam alioquin nullus consensus infantis est* ACCIPIENTI POSSESSIONEM. » Voy. p. 234.

(4) Voyez p. 236 et 237.

(5) *Glossa interlin.* L. 3, C. *de poss.* (*Ms.* Paris, n° 4517), probablement d'Irnerius, au mot CORPORE : « *sed auctoritate tutoris,* » — au mot ALIOQUIN : « *Y.* (*Irnerius*) *utrumque enim fit magis favore benignitatis, quam stricta ratione juris, remoto itaque altero, consequenter et*

D'après une autre opinion, notre texte aurait en vue d'établir quelque chose de tout nouveau, savoir, que l'enfant pourra seul aussi, sans le concours de son tuteur, acquérir la possession (1). — Les uns appliquent ce principe d'une manière générale et à l'égard de toute espèce de tradition (2); d'autres le limitent au cas d'une donation, parce que le passage ne parle que de ce seul cas (3); d'autres enfin en limitent l'application aux objets dont la possession intéresse spécialement les enfants, par exemple aux jouets (4). — Cette explication permet aussi, il est vrai, de rattacher les paroles finales du texte à la décision qu'il renferme (5), mais le raisonnement de Papinien et de l'empereur

alterum removetur. » — *Glossa in* L. 3, C. *de poss.* « *vel dic secundum Joannem quod hic fuit tradita cum auctoritate tutoris. Et quod dicit :* ALIOQUIN *id est :* SI DICERES NON ACQUIRI CUM AUCTORITATE TUTORIS PER INFANTEM EADEM RATIONE NEC PER IPSUM TUTOREM. » (*Cf.* AZO *in h. l. lectura*, p. 568, ODOFRED *in h. l.* fol. 104).—ALCIATUS *in* L. 4, § 3, *de poss.* (*opp.*, t. 1, p. 1208). — CUJAS *in* L. 1, § 3, *de poss.* (*opp.*, t. 5, p. 695; t. 8, p. 241 et *in* L. 3, C. *de poss.* (*opp.*, t. 9, p. 10-14). — OBRECHT, *de poss.*, ch. 10, §§ 365-374. — DONEAU *in comm. j. civ.*, lib. 5, ch. 11 (p. 191, éd. de Hanovre, 1612). — GIPHANIUS *in* L. 26, C. *de donat.* (*lectur. allorph.*, p. 196).

(1) *Glossa in* L. 3, C. *de poss.* AZO *in h. l.* (*lectura*, p. 567). — DUAREIN *in* L. 1, § 3, *de poss.* (*opp.*, p. 827) — GIPHANIUS *in* L. 3, C. *de poss.* (*Explanat. Cod.*, P. 2, p. 243; comparez la note précédente). — CUPERUS, *de possessione*, P. 2, ch. 24.

(2) AZO, *l. c.* — CUPERUS, *l. c.*

(3) DUAREIN, *l. c.* — GIPHANIUS, *l. c.* — Duarein exige de plus qu'il s'agisse d'une chose mobilière.

(4) AZO, *l. c.* « *Alii distinguunt, aut dedit eis res, quarum voluit infans retinere possessionem, ut denarios, castaneas et similia ludicra : aut quarum noluit retinere possessionem, ut castrum, vel talia. In primis bene habet affectum, et acquirit possessionem : in aliis non.* ET IN HIS INTELLEXERUNT VETERES, » c'est-à-dire des glossateurs plus anciens. C'est donc une erreur de considérer DINUS (mort vers 1298) comme l'auteur de cette opinion.

(5) *Glossa in* L. 3, C. *de poss.* : « *id est si non quæritur infanti, quia*

serait alors si peu logique, que cela seul suffit pour donner une préférence marquée à la première interprétation (1).

Une troisième opinion enfin tient le milieu entre les deux autres (2). D'après elle, l'enfant peut acquérir seul la possession, mais provisoirement seulement, *interim*, c'est-à dire jusqu'à ce que l'*auctoritas* du tuteur vienne plus tard suppléer à ce qui manque dans cette acquisition. Cette explication aussi fait dire à notre passage quelque chose de tout nouveau, d'abord parce que provisoirement la possession se trouve acquise contrairement aux principes (3), ensuite parce qu'il est tout à fait inusité que l'*auctoritas* du tuteur puisse n'intervenir que par la suite. — Au surplus la partie finale ne se rattache ici pas mieux à l'ensemble du passage que dans l'opinion précédente.

ADDITION DE LA SIXIÈME ÉDITION.

Récemment les deux passages interprétés dans ce paragraphe ont encore été commentés avec soin par Puchta dans le *Rheinisches Museum*, vol. 5, p. 33-64. Il y soutient de nouveau des opinions anciennes, mais avec plus de méthode et d'habileté qu'on ne l'avait fait jusqu'alors. Voici comment l'auteur

non habet affectum : nec tutor ei quæret eadem ratione. Utroque ergo modo ei quæritur favore benignitatis magis, quam stricti juris ratione. Irnerius. — Sunt ergo hic duo, quorum altero remoto, et alterum removetur. » Et de même dans DUAREIN et dans CUPERUS.

(1) DONEAU, *l. c.* (p. 239).

(2) BEYMA, *in var. tit. jur.*, p. 325, 414. — RETES, *de poss.*, P. 1, ch. 4 (MEERM. VII. p. 469).

(3) Toutefois, d'après RETES, cette possession ne sera provisoirement qu'une simple détention. Mais alors la chose allait de soi, et il n'était pas nécessaire d'obtenir un rescrit impérial, fondé sur des raisons de droit.

explique, dans la L. 32, la leçon adoptée par lui : *sensus est accipiendi* : « car sans cela (en dehors des considérations d'utilité) il est vrai de dire que l'enfant n'a pas la volonté requise pour acquérir la possession. » Quant au passage du Code, il se référerait à l'enfant agissant sans l'assistance de son tuteur : l'*animus* insuffisant de l'enfant serait provoqué et complété par la volonté positive du donateur, de même qu'ailleurs il l'est par l'*auctoritas* du tuteur, contrairement aussi aux principes rigoureux. — L'excellence du travail de l'auteur a fait mûrir la question et le lecteur peut dorénavant se prononcer en pleine connaissance de cause. (Voyez Appendice, n° 76.)

ADDITION DE LA SEPTIÈME ÉDITION.

Voy. *Syst. des rœm. Rechts*, § 108. Voici quel me paraît être aujourd'hui l'état de la question : 1. La règle est certainement telle que je viens de l'indiquer. 2. Quant à la L. 3, C., *de poss.*, L. 26, C., *de don.* (L. 2, C. Th., *de don.*) elle reste obscure. Peut-être avait-elle primitivement pour but de mitiger la rigueur de la *lex Cincia*, à cause de la *possessio ad interdicta*, importante dans le système de cette loi, et que l'on considéra dorénavant comme une formalité, à côté de l'insinuation, en cherchant à la restreindre de plus en plus. Dès lors : *a*) ces passages ne peuvent s'appliquer à la possession en général ; *b*) dans la législation de Justinien, il n'en est plus ainsi ; leur sens primitif s'y trouve modifié, mais alors il faut aussi les mettre en harmonie avec les principes qui règlent la possession, et mon interprétation se trouve ainsi justifiée. Un point décisif est ici à remarquer : c'est que même les *infantia majores* ne peuvent acquérir la

possession par eux-mêmes que dans un cas exceptionnel, c'est-à-dire lorsqu'ils sont *pubertati proximi* : L. 1, § 3, *de possessione.* Voy. p. 231, 232. Or, un enfant ne saurait évidemment avoir des droits plus étendus. Je ne conçois pas que dans la législation de Justinien on veuille encore considérer ces passages comme des exceptions en matière de donations. (Voyez Appendice, n° 77.)

§ 22.

POSSESSION DES DIVERSES PARTIES D'UNE CHOSE.

Pour que l'*animus possidendi* soit possible, il faut aussi que l'objet soit tel, que nous puissions l'envisager comme une chose distincte (1). Moyennant quelles conditions pourrons-nous donc acquérir la possession d'une partie d'un tout?

Cette acquisition peut se concevoir de deux manières : on peut posséder la partie prise isolément, on peut la posséder comme partie intégrante du tout, et par le moyen de celui-ci. Les trois premières règles que nous allons citer concernent le premier cas, la quatrième s'applique au second cas.

Première règle : Lorsque la partie est telle, qu'elle puisse seule aussi former un tout indépendant, c'est-à-dire lorsque l'idée du tout plus étendu auquel elle se rapporte est purement arbitraire, la possibilité de posséder séparément cette partie ne saurait faire l'objet d'un doute. Nous supposons donc des parties réelles d'un tout, et cette supposition ne se conçoit, au point de vue d'une possession distincte, qu'à l'égard des biens fonds (2).

(1) Voyez page 230.

(2) L. 8, *de rei vind.* « *quæ distinctio* NEQUE IN RE MOBILI, *neque in hereditatis petitione locum habet;* NUNQUAM ENIM PRO DIVISO POSSIDERI POTEST. »

La délimitation de ce qui constitue le tout est ici purement arbitraire ; on pourra donc acquérir la possession de toute pièce de terre d'une étendue déterminée, quoique le possesseur antérieur l'ait considérée comme partie d'un tout plus étendu. Mais il faut que l'étendue de la partie qu'il s'agit d'acquérir soit déterminée ; en d'autres termes, la possession n'est acquise que pour autant que le nouveau possesseur se représente la chose d'une manière précise comme objet de sa possession.

Deuxième règle : Lorsque la subdivision du tout n'est pas réelle, mais seulement abstraite, la possession d'une partie isolée pourra encore se concevoir, pourvu qu'ici aussi l'étendue de cette partie soit parfaitement déterminée. Or, la détermination des parties est ici purement arithmétique ; c'est donc le rapport de la partie au tout qu'il faut connaître pour pouvoir acquérir la possession de la première. Le tout est considéré comme l'unité, la partie comme une fraction dont il faut savoir le numérateur et le dénominateur pour pouvoir en acquérir la possession. Ainsi, par exemple, l'héritier pour un tiers est par là même propriétaire d'un tiers de chacun des objets qui appartenaient au défunt. S'il vend un fonds dépendant de la succession, et qu'il en opère la tradition à l'acheteur, celui-ci acquerra la possession d'un tiers de ce fonds, car c'est ce tiers qu'il se représentait comme objet de sa nouvelle possession. — La première et la deuxième règle sont écrites dans les passages suivants :

1. L. 26, *de poss.* (*Pomponius, lib.* 26, *ad Quintum Mucium*).

« LOCUS CERTUS EX FUNDO *et possideri et per longam possessio-*
« *nem capi potest : et* CERTA PARS PRO INDIVISO, *quæ introducitur*
« *vel ex emtione, vel ex donatione, vel qualibet alia ex causa.*

« INCERTA AUTEM PARS *nec tradi, nec (usu) capi potest* (1) : *veluti* « *si ita tibi tradam,* QUIDQUID MEI JURIS IN EO FUNDO EST (2) : *nam* « *qui ignorat* (3) *nec tradere, nec accipere id quod incertum est* « *potest.* »

2. L. 32, § 2, *de usurp.* (*Pomponius, lib.* 32, *ad Sabinum*).

« INCERTAM PARTEM POSSIDERE NEMO POTEST. *Ideo si plures sint in* « *fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat :* NEMINEM « EORUM MERA SUBTILITATE POSSIDERE LABEO SCRIBIT (4). »

3. L. 3, § 2, *de poss.*

« *Incertam partem rei nemo possidere potest : veluti si hac* « *mente sit, ut quidquid Titius possidet, tu quoque velis possi-* « *dere.* » (Voyez Appendice, n° 78.)

(1) C'est-à-dire, on ne peut en acquérir la possession.

(2) Cet exemple et la règle elle-même s'appliquent aux deux cas dont nous avons parlé. La possession est donc impossible, qu'il s'agisse d'un LOCUS *incertus ex fundo* ou d'une *incerta* PARS PRO INDIVISO.

(3) *Sc. quanta pars sit.*

(4) Quelle est cette subtilité que la loi condamne? Ce n'est pas la règle elle-même, puisque dans ce passage, comme dans le précédent, Pomponius la reconnaît comme vraie, et que d'ailleurs elle découle de la notion de l'*animus possidendi*. On ne blâme donc que l'application qu'on voudrait faire ici de cette règle ; or, voici comment, dans l'espèce, il faudrait supposer cette application. Deux adversaires, prétendant tous deux avoir droit à un fonds vacant, l'occupent en même temps. Aucun des deux ne veut, pour le moment, contester la possession de l'autre, parce que tous deux craignent, avant tout, un troisième rival plus puissant. Ils se reconnaissent donc tacitement comme copossesseurs. Or, à la rigueur, il faut un acte juridique pour donner existence à une partie idéale, « *introducitur ex emtione,* etc. » L. 26, *de poss.;* dès lors aucun des deux n'est devenu possesseur, et par conséquent le troisième peut s'emparer de la possession par violence. Cette argumentation repose sur une subtilité ; il est bien plus naturel d'admettre que chacune des deux personnes possède pour moitié, quoiqu'il n'y ait eu entre elles aucune convention expresse à cet égard. — Mais il est encore plus simple et plus naturel de supposer le cas suivant : Gaius, possesseur

Troisième règle : En dehors de ces deux cas, il est toujours impossible d'acquérir la possession d'une partie seulement. Ce sera ordinairement une impossibilité physique, et dès lors toute disposition spéciale à cet égard serait superflue. Ainsi, par exemple, il va de soi que personne ne peut acquérir la possession d'une poutre comprise dans un mur, ou de la roue d'une voiture, aussi longtemps que ces parties resteront réunies au tout auquel elles appartiennent. Mais, indépendamment de cette impossibilité physique, des raisons juridiques excluent aussi en général toute possession semblable : c'est ainsi qu'un bâtiment ne peut être possédé sans le sol sur lequel il repose, et la raison en est évidemment que le bâtiment, en tant que partie d'un tout, est considéré comme inséparable du sol. Aussi un grand nombre de textes confirment qu'en droit le bâtiment et le sol ne font qu'un, qu'ils ne sont que les parties d'un seul et même tout, et non des choses distinctes et indépendantes l'une de l'autre (1). Si le bâtiment et le sol, ou les divers étages d'un même bâtiment, ne peuvent appartenir à des propriétaires différents, ce n'est qu'une conséquence de ce que nous venons de dire (2). Une autre

d'un immeuble, meurt. Seius et Titius savent qu'ils sont les seuls héritiers ; toutefois, n'ayant pas encore vu le testament, ils ignorent pour quelle portion chacun d'eux est institué ; ils prennent néanmoins possession de l'immeuble. D'après l'argumentation subtile dont parle la loi, aucun des deux ne serait possesseur, tandis qu'en réalité les deux héritiers ensemble doivent avoir les mêmes droits qu'aurait un seul héritier s'il prenait possession de l'immeuble entier. Ils peuvent donc invoquer en commun les interdits. (Note de la 6e éd.) (Voyez Appendice, n° 79.)

(1) L. 49, pr. *de rei vind.* — L. 20, § 2, *de serv. præd. urb.* — L. 98, § 8, *de solut.* — L. 21, *de pignor. act.* — L. 23, pr. *de usurp.* — L. 44, § 1, *de obl. et act.*

(2) L. 50, *ad leg. aquil.* — L. 2, *de superf.* — L. 98, § 8, *de solut.* — L. 17, *comm. præd.*

conséquence, c'est que le droit de gage ne peut se constituer sur l'une de ces parties, mais seulement sur le tout (1). Or, l'impossibilité de la possession séparée en résulte tout aussi nécessairement. Le sol et la maison, ou bien aussi les divers étages d'une même maison, ne sauraient donc être possédés par plus d'une personne, de même que les diverses parties d'une seule et même statue ne peuvent être possédées par plusieurs. L'application de cette impossibilité en matière de possession est du reste clairement écrite dans les lois (2).

Quatrième règle : Celui qui acquiert la possession d'un tout ne possède que le tout, et non pas les diverses parties individuellement. — Les trois premières règles concernaient la possession d'une partie qu'il s'agissait d'acquérir indépendamment du tout. Ici il s'agit de la partie que l'on voudrait posséder par l'intermédiaire du tout, et cependant comme chose distincte en elle même; or, cette possession est déclarée impossible. Cette règle est, il est vrai, particulièrement importante pour l'usucapion, elle peut cependant aussi se présenter en matière d'interdits, du moins à propos de l'ancienne forme de l'interdit *utrubi*, et elle s'applique alors tout à fait comme lorsqu'il s'agit d'usucapion (3).

(1) L. 21, *de pign. act.*

(2) L. 44, § 1, *de obl. et act.* « *... sic et in tradendo si quis dixerit, se solum sine superficie tradere, nihil proficit quo minus et superficies transeat, quæ natura solo cohæret.* » Or, la tradition concerne avant tout la possession, et indirectement seulement la propriété. — L. 15, § 12, *de damno inf.* « *... si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum : nec profuturum in possessionem ejus rei mitti, quam quis possidere non possit...* » — L. 25, 26, *de usurp.* « *sine possessione usucapio contingere non potest. — Nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest.* » Je considère cette seconde proposition comme une conséquence de la première. Comp. toutefois *Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw.*, IV, 415.

(3) Il y a maintes objections à faire aux exemples qu'indique THIBAUT

La première espèce où nous trouvons une application de cette règle est celle-ci : En prenant possession d'une voiture, on n'acquiert pas par là la possession des roues comme choses distinctes, et il en est de même de toutes les choses composées (1). Une voiture volée ne peut être usucapée; or, quand même l'une des roues n'aurait pas été volée, cette roue ne pourra non plus être usucapée, car c'est la voiture que l'on possède, et non la roue comme telle. Par contre, une roue volée pourra être usucapée avec l'ensemble de la voiture, pourvu que celle-ci n'ait pas été volée. — D'autre part, si l'on décompose un tout dont j'avais la possession, une possession nouvelle commence pour chacune des parties, puisque jusqu'alors je ne les possédais pas. C'est encore l'usucapion qui pourra le mieux nous servir ici d'exemple. Si dans un cas semblable l'usucapion de la chose entière est accomplie, la propriété de chacune des parties est également acquise, et cette propriété n'est évidemment pas atteinte par la séparation des parties (2); si, au contraire, la

(*Anh. zu* CUPERUS, p. 163, etc.), car la relation entre une chose mobilière et un immeuble auquel elle est unie n'exclut pas la possession de cette chose mobilière considérée en elle-même. De plus, dans l'interdit *quod vi*, ce n'est pas la possession que l'on considère; dans l'interdit *de vi*, la perte de la possession de la chose mobilière se combine toujours avec la perte de la possession de l'immeuble, et dans l'interdit *uti possidetis*, le trouble apporté à la possession d'une partie, alors même que celle-ci serait possédée séparément, pourrait toujours être considéré comme affectant la possession du tout.

(1) Les règles spéciales relatives aux bâtiments seront exposées plus loin.

(2) UNTERHOLZNER (*Verjaehrung*, p. 95) conteste cette proposition, sans laquelle cependant l'usucapion n'aurait guère d'existence pratique. En effet, j'aurais beau usucaper une chose mobilière, on pourrait toujours, en la cassant ou en la divisant, m'enlever la propriété acquise; et de même, si j'avais acquis un fonds de terre par usucapion, on m'enlèverait la propriété des arbres en les abattant.

séparation s'opère avant que l'usucapion soit achevée, une usucapion nouvelle doit commencer pour la partie détachée, mais la *justa causa* de l'ensemble s'étend à chacune des parties (1), et il en est de même pour l'appréhension, de sorte que la possession de la partie détachée s'acquiert par le seul fait de la séparation, sans qu'il faille que le possesseur pose un acte nouveau (2). Indépendamment de leurs preuves par les textes, ces deux propositions doivent être admises comme vraies par cela seul que toute la limitation de l'idée de possession, dont nous nous occupons dans ce paragraphe, ne se rapporte qu'à l'absence de l'*animus possidendi*, et n'atteint par conséquent pas l'appréhension ou la *justa causa possessionis*.

Deuxième application. L'acheteur d'un fonds le possède dans son ensemble, et n'en possède pas les diverses parties prises séparément (3). Ce cas diffère des autres en ce qu'ici l'idée de la totalité est arbitraire, et qu'une subdivision réelle en parties proprement dites n'est guère possible. L'application de notre règle se borne donc à la *justa causa*, et c'est aussi à ce propos seulement que nos sources en parlent (4).

(1) L. 11, § 6, *de public. in rem act.* — Ce que cette loi dit des bâtiments détruits doit se dire de toute chose dont on séparerait les parties.

(2) Voyez, au paragraphe suivant, l'application de ces principes à la *fructuum perceptio*.

(3) L. 2, § 6, *pro emtore* : « *Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est. Priscus ait, usu me eum non capturum; quia id, quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest. Sed si fundus emptus sit, et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi :* QUONIAM UNIVERSITAS EJUS POSSIDEATUR, NON SINGULÆ PARTES. »

(4) Supposons que j'achète un fonds dont une partie seulement appartient au vendeur, je pourrai certainement usucaper l'autre partie, et dans ce sens on peut dire que je la possède comme chose distincte. (Note de la 6e éd.)

Troisième application. Celui qui acquiert un fonds par usucapion acquiert aussi, d'après l'opinion erronée de quelques jurisconsultes, la propriété du trésor qui s'y trouve enfoui (1). L'erreur ici ne consiste pas à étendre à la partie l'usucapion du tout, mais à considérer le trésor comme une partie du sol: Notre règle est donc ici appliquée mal à propos.

Quatrième application. Le possesseur d'une maison ne possède pas les poutres et les pierres prises isolément, sans cela il acquerrait ces choses, en leur qualité de choses mobilières, avant d'acquérir la maison elle-même : or, c'est ce que notre règle n'admet pas (2). Par une conséquence tout à fait analogue de notre règle, lorsqu'une maison est démolie avant que l'usucapion soit achevée, les poutres et les pierres doivent être usucapées de nouveau comme choses mobilières (3). — Mais ce qui est tout

(1) L. 3, § 3, *de poss.* (Voyez, plus haut, p. 215 et 216.)

(2) L. 23, pr. *de usurp.* « *Eum qui ædes mercatus est, non puto aliud, quam ipsas ædes, possidere : nam si singulas res possidere intelligitur, ipsas ædes non possidebit : separatis enim corporibus, ex quibus ædes constant, universitas ædium intelligi non poterit : accidit* (*accedit*) *eo, quod si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit* (*ut*) *dicat* (*in*) *possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis locum esse, solum se capturum esse ampliori* (*tempore*) : *quod absurdum, et minime juri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur : ut puta cum ædes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie, et universitas earum possessione temporis immobilium rerum dominium mutet.* » Cette leçon se trouve dans : *Cod. Rehd. Edd. Rom.* 1476, *Nor.* 1485, *Ven.* 1485, *Ven.* 1494, *Lugd.* 1509, 1513, *Hal.*, *Paris*, 1514, 1536. De même sept des meilleurs manuscrits de Paris, celui de Metz, de Leipzig, et le mien.—La leçon florentine n'a pas de sens : « *possessionem temporis immobilium rerum omnium mutet.* » — Cf. L. 8, *quod vi.* (Voyez Appendice, n° 80.)

(3) L. 23, § 2, *de usurp.* « *Si autem demolita domus est,* EX INTEGRO RES MOBILES POSSIDENDÆ SUNT, *ut tempore, quod in usucapione rerum mobilium constitutum est, usucapiantur :* ET NON POTEST RECTE UTI EO TEMPORE QUO IN ÆDIFICIO FUERUNT » *rel.*

particulier, c'est que l'usucapion, accomplie à l'égard du bâtiment, ne s'étend pas aux matériaux, en tant que parties du bâtiment, de sorte qu'après leur séparation ils doivent être usucapés de nouveau, quand même la maison serait acquise depuis longtemps. Ceci n'est cependant vrai que lorsque la maison et les matériaux appartiennent à des propriétaires différents. S'ils appartiennent à une seule et même personne, on s'en tient à la règle générale et, l'usucapion terminée, l'ancien propriétaire ne peut revendiquer ni la maison, ni les matériaux qui en seraient détachés (1). Voici le motif de cette exception. Lorsqu'un objet quelconque a été joint à un tout, le propriétaire de cet objet peut en exiger la séparation par l'*actio ad exhibendum*, puis le revendiquer comme tout autre objet. Pour les matériaux de construction, il en est autrement; le propriétaire ne peut en exiger la séparation (2), dès lors il était rationnel d'en interdire l'usucapion que le propriétaire n'avait pas le droit d'interrompre par le moyen d'une revendication.

Dans l'application de cette règle aussi, il faut distinguer entre l'acquisition et la perte de la possession. Une fois commencée, la possession d'une chose ne se perd pas par la réunion de celle-ci avec d'autres objets en vue de former un ensemble nouveau (3). Nous devons rappeler cette proposition, parce qu'on a

(1) L. 23, § 7, *de rei vindic.* « *Item si quis ex alienis cementis in solo suo ædificaverit, domum quidem vindicare poterit, cementa autem resoluta prior dominus vindicabit,* ETIAMSI POST TEMPUS USUCAPIONIS DISSOLUTUM SIT ÆDIFICIUM POSTQUAM A BONÆ FIDEI EMPTORE POSSESSUM SIT : NEC ENIM SINGULA CEMENTA USUCAPIUNTUR, SI DOMUS PER TEMPORIS SPATIUM NOSTRA FIAT. » — Cf. L. 59, *in fine, eod.* — L. 7, § 11, *de adq. rer. dom.*

(2) § 29, I. *de rer. div., Dig.*, lib. 47, tit. 3. — La L. 23, §§ 6 et 7, prouve que c'est bien là le motif de l'exception.

(3) Il va sans dire qu'il faut que la partie, en se réunissant à d'autres objets, ne soit pas devenue un corps différent : *specificatio;* car alors la

cru trouver une contradiction entre la loi romaine qui la contient et notre règle (1). Mais ici, comme lorsqu'il s'agit d'acquérir la possession, il faut admettre une exception pour les matériaux de construction. Nous trouvons, il est vrai, un cas de ce genre où

chose antérieure aurait en réalité cessé d'exister, et sa possession avec elle. L. 30, § 4, *de poss.* « ... *desinimus possidere... si, quod possidebam, in aliam speciem translatum est.* » — L. 30, § 1, *de usurp.* « ... *cum utrumque maneat integrum.* »

(1) L. 30, § 1, *de usurp.* « *Labeo libris epistolarum ait, si is, cui ad tegulorum* (*tegularum*) *vel columnarum usucapionem* DECEM DIES SUPERESSENT, *in ædificium eas conjecisset,* NIHILOMINUS EUM USUCAPTURUM, SI ÆDIFICIUM POSSEDISSET. *Quid ergo in his, quæ non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia* PERMANENT, *ut in annulo gemma? In quo verum est,* ET AURUM ET GEMMAM (c'est-à-dire, chaque chose considérée en elle-même) POSSIDERI, ET USUCAPI CUM UTRUMQUE MANEAT INTEGRUM. » Le mot *maneat* prouve qu'il s'agit de choses possédées d'abord séparément, avant d'être réunies en un seul tout. WESTPHAL, *Arten der Sachen*, etc., § 46, 548, a le premier, je pense, fait remarquer cette différence entre l'acquisition et la perte de la possession. Après lui vient WINKLER, *diss. de interrupt. usuc. ac præscript., Lips.*, 1793, p. 37. (UNTERHOLZNER, *Verjæhrungslehre*, § 50, conteste cette différence.) — CUPERUS, p. 29, soutient que les passages des jurisconsultes romains sont inconciliables sur ce point; FLECK, *de adq. poss.*, p. 31, etc., fait de même. — MAN, *ad* L. 3, § 3, *de poss.*, § 15, p. 339, a convenablement exposé les règles spéciales relatives aux matériaux de construction; mais il confond l'exception avec la règle générale que nous venons d'exposer. — UNTERHOLZNER, *Verjæhrung*, p. 97, nie en général que la possession de choses distinctes, unies ensemble pour former un tout nouveau, puisse continuer. Il cherche à écarter la L. 30, § 1, *de usurp.*, citée, en plaçant dans la première partie *nihilomagis* au lieu de *nihilominus*, changement tout à fait arbitraire et en opposition avec ce qui suit : *si ædificium possedisset*, mots qui expriment évidemment une restriction. Plus tard il changea d'opinion; aujourd'hui il prend les *decem dies* à la lettre, les considérant comme une règle spéciale tout à fait inexplicable (*Verjæhrung*, § 49). Quant à la seconde partie de cette loi, il soutient, p. 94, que l'enchâssure d'une pierre précieuse dans une bague ne produit pas une union proprement dite : c'est comme si un objet était mis dans un étui. Depuis lors il a abandonné cette explication; (§ 50). Elle est du reste positivement contredite par la L. 6, *ad exhibendum*, et la L. 23, §§ 2 et 5, *de rei vindic.*—

l'usucapion commencée n'est pas interrompue; mais le jurisconsulte ajoute expressément que, pour achever l'usucapion, il ne manquait plus que dix jours, c'est-à-dire si peu de temps que l'interruption par la revendication n'était plus guère possible (1).

Si nous n'avions que la L. 30, § 1, *de usurp.*, il n'y aurait aucun doute; mais la L. 7, § 1, *ad exhibendum* présente de grandes difficultés. (Voyez, plus haut, p. 66.) Il est *possible* en effet que cette loi veuille dire que par la réunion d'une roue à une voiture la possession *ad usucapionem*, ou même toute possession quelconque relative à cette roue doive cesser. Dans ce cas nous devrions admettre une divergence d'opinion sur ce point, chez les jurisconsultes romains, car la conciliation que j'avais tentée dans mes deux premières éditions, p. 213 et 254, ne saurait être maintenue. Mais il se peut aussi qu'il s'agisse d'une roue volée, dont, à ce titre, on ne peut avoir la *civilis possessio*. Enfin il se peut encore que *quamvis* signifie : « Même si, par suite d'un motif quelconque que la loi n'indique pas, l'on n'avait pas la *civilis possessio* de la roue; » THIBAUT explique le mot *licet* de la même manière. (Voy. p. 57.) En présence de l'ambiguïté de cette loi, il nous paraît que la L. 30, § 1, *de usurp.*, qui ne présente aucune équivoque, mérite évidemment la préférence.—La L. 1, § 2, *de tigno juncto*, présente moins de difficulté, car le possesseur de la maison, eût-il la véritable *possessio* des poutres, ne pourrait pourtant pas être forcé de les restituer, et dès lors, au point de vue du succès de l'action en revendication, unique objet de cette loi, il ne pourrait être considéré comme possesseur.

(1) Les *decem dies* désignent donc en général un espace de temps très-court, comme les *decem dies* de la L. 30, *de minor.* et les *paucissimi dies* de la L. 16, *de fundo dotali*. — Je n'ai rien changé ici à ma troisième édition; depuis lors, M. le professeur FALCK m'a communiqué une explication de la première moitié de la L. 30, § 1, *de usurp.*, que je crois devoir adopter. D'après cette explication les *tegulæ et columnæ* ne sont pas des matériaux de construction proprement dits, mais des ornements ajoutés au bâtiment. Dès que, bien entendu, les colonnes sont de pur ornement et ne servent pas à soutenir l'édifice, l'usucapion commencée ne sera pas affectée par une jonction si peu intime et si peu nécessaire, et les *decem dies* ne désignent pas un espace de temps très-court, mais en général ce qui manque à l'usucapion. Le nombre de dix est dû peut-être à quelque cas spécial qui s'était réellement présenté. La L. 23, § 1, *de usurp.*, appuie cette explication, puisque d'après elle les *columnæ*, dans le sens spécial que nous venons d'indiquer, peuvent être revendi-

ADDITION DE LA SIXIÈME ÉDITION (1).

Sintenis, dans son article sur la possession et l'acquisition par prescription de choses composées (2), établit les principes suivants concernant les points qui seuls peuvent soulever des difficultés dans cette matière. Le possesseur d'une chose mobilière composée en possède toujours aussi les diverses parties, peu importe que la réunion ait eu lieu avant ou après son acquisition de possession. S'agit-il, au contraire, d'une chose immobilière, la question ne peut, à la rigueur, être soulevée qu'au sujet des divers matériaux d'un bâtiment; or, le possesseur de celui-ci n'a jamais la possession distincte de ces matériaux, en sorte qu'il ne peut non plus jamais les usucaper.

Il est incontestable qu'en adoptant ces principes, toute cette partie de la doctrine devient beaucoup plus simple qu'elle ne l'était jusqu'à présent. Toutefois, comme la question s'est déjà

quées et donner lieu au recours en garantie pour cause d'éviction. (Il en est autrement des *tabulæ* dont parle la L. 36, *de evict.*). Il est vrai que la L. 1, *de tigno juncto*, dit le contraire en parlant des *tegulæ*, mais elle se sert des mots *quidam aiunt*, et sur ces cas d'applications spéciales il pouvait facilement y avoir controverse. — Cette nouvelle explication ne change du reste rien aux règles que nous avons indiquées. — THIBAUT (*Archiv für civilitische Praxis*, vol. 7, p. 79-86) s'est prononcé contre cette explication, que j'avais déjà admise dans ma quatrième édition. Les développements que je viens de donner écartent, je pense, les objections qu'il a soulevées.

(1) Le travail de Sintenis dont il va être question ne parvint à la connaissance de l'auteur qu'après que la majeure partie de la 6e édition eut été imprimée (à la fin du mois de mars 1837); il ne put donc en parler que dans son introduction à cette 6e édition ; sa véritable place se trouve ici. (Note du traducteur.)

(2) *Archiv f. civil. Praxis*, vol. 20, p. 75-115. Heidelberg, 1837.

tant compliquée par suite de mes recherches et de celles d'autres auteurs, et que je ne voudrais pas en augmenter encore les difficultés, je me réserve de l'examiner plus à loisir plutôt que d'en porter dès aujourd'hui un jugement précipité. Le soin que l'auteur a mis à ce travail a du reste fait faire un grand pas à la question, dût-on d'ailleurs ne pas reconnaître comme épuisant la matière la nouvelle théorie à laquelle il arrive.

Il n'est qu'un point sur lequel je dois dès à présent repousser l'opinion de Siffenis. Plusieurs textes du droit romain nous disent que l'usucapion d'une maison est sans influence sur le droit de propriété aux poutres et aux pierres qui en font partie; de sorte qu'après la démolition de la maison usucapée, ces divers matériaux pourront toujours être revendiqués. A partir de la troisième édition de mon ouvrage, j'ai limité l'application de cette règle, incontestable d'ailleurs, au cas où le sol et les matériaux appartiennent à des propriétaires différents (voy. p. 251). Des exemples feront mieux comprendre ma pensée.

Premier exemple. Gaius bâtit une maison sur son terrain à lui, et emploie à cette construction des poutres appartenant à Seius. Titius, devenu par hasard possesseur de la maison, me la vend. Usucapant ainsi *pro emptore*, je deviens au bout de dix ans propriétaire de la maison à l'égard de Gaius, mais non pas propriétaire des poutres à l'égard de Seius. Il en résulte que si la maison vient à être démolie après de longues années, Seius pourra toujours revendiquer ses poutres.

Deuxième exemple. Mevius emploie ses propres matériaux pour bâtir une maison sur un terrain qui lui appartient également. Sempronius devient possesseur de la maison et me la vend. Au bout de dix années j'aurai usucapé à l'égard de Mevius la propriété de la maison et en même temps des maté-

riaux qui la composent. En cas de démolition de la maison, après ces dix années, Mevius n'en pourra donc pas revendiquer les matériaux.

Le premier exemple ne soulève aucune controverse; les sources le décident clairement dans le sens que nous venons d'indiquer. La discussion concerne seulement le second exemple. Sintenis soutient qu'ici Mevius pourra revendiquer les poutres après la démolition de la maison (p. 87-90[1].

Voici les raisons que j'invoque à l'appui de mon opinion :

1. Les passages du droit romain qui nient l'usucapion des poutres visent expressément le premier cas, sur lequel il n'y a pas de controverse; par là ils indiquent assez clairement que la solution serait autre dans le second cas. L'auteur pense, il est vrai, qu'il faudrait des textes formels pour autoriser dans ce second cas une solution différente, et ces textes font défaut. Mais quelle est donc là règle naturelle en cette matière? C'est évidemment que la propriété du tout, quelle que soit son origine, implique aussi la propriété de ses diverses parties : en d'autres termes, que le fait uniquement matériel du morcellement d'une chose n'a aucune influence sur le droit de propriété. La solution que nous donnons au second cas n'est qu'une application de cette règle; il ne faut donc pas là de preuves particulières, et c'est pour cela aussi que les anciens jurisconsultes n'ont pas spécialement mentionné cette hypothèse. Le premier cas, au contraire, constitue une véritable exception à cette règle générale; aussi ces jurisconsultes ne négligent-ils pas de le rappeler plusieurs fois avec une insistance particulière.

2. Quel est le motif de cette dérogation? C'est uniquement cette règle toute spéciale, établie en faveur de la conservation des bâtiments, que le propriétaire des matériaux ne peut pas agir

ad exhibendum pour en obtenir la séparation. De cette manière sa revendication aussi se trouve indéfiniment en suspens. Or, toute usucapion, telle que nous la montre le droit nouveau, et toute prescription extinctive d'actions implique toujours une perte positive de certains droits, perte pénible en elle-même, et légitimée seulement par la circonstance qu'en usant des précautions voulues, on aurait pu l'éviter. Si néanmoins on ne l'évite pas, on subit la peine naturelle de cette négligence. Cette manière de voir est non-seulement expressément écrite dans les sources (L. 1, *de usurp.*, L. 3, C., *de præscr. trig. ann.*); elle se manifeste plus clairement encore dans plusieurs exceptions apportées aux règles générales sur l'usucapion et la prescription. Or, comme on ne peut reprocher de négligence au propriétaire des poutres, puisque la loi l'empêchait d'agir, il était parfaitement logique et conséquent de ne pas laisser l'usucapion s'accomplir à ses dépens. Cette conséquence s'impose même ici avec plus de force qu'en matière de *res furtiva,* où l'usucapion se trouve également suspendue, quoique ici le reproche de négligence ne soit écarté du propriétaire de la chose volée qu'à raison de circonstances purement matérielles et accidentelles.

3. Ces mêmes raisons militent-elles aussi en faveur de Mevius dans le second exemple? Évidemment non. Il n'avait pas besoin d'une *actio ad exhibendum* pour obtenir la séparation des matériaux, puisqu'il pouvait revendiquer la maison entière, en y comprenant les poutres. S'il néglige de le faire pendant dix années, c'est à juste titre qu'il perd la propriété du bâtiment et de ses diverses parties.

4. Dans le système de Sintenis, la tradition même de la maison par le propriétaire qui l'aurait construite de ses propres matériaux, comme Mevius dans notre second exemple, ne pourrait

pas me transférer la propriété des matériaux, et en cas de démolition, j'aurais toujours à en redouter la revendication. Car l'acquisition par tradition et l'acquisition par usucapion ont cela de commun que l'une et l'autre ont la possession pour fondement. Dans le cas de tradition, c'est la possession actuelle jointe au *dominium auctoris;* dans le cas d'usucapion, c'est une possession continue dont la durée supplée l'absence du *dominium auctoris*. Or, si la possession des poutres, alors même qu'elles appartiendraient au même propriétaire que la maison, ne pouvait jamais m'être attribuée tant que la maison n'est pas démolie, ces poutres ne m'auraient pas non plus été acquises par tradition, je n'en serais donc pas devenu propriétaire, et après la démolition il me serait impossible de les revendiquer contre un nouveau possesseur quelconque.

5. Peut-être la conséquence pratique que je vais signaler contribuera-t-elle encore à faire accepter ma manière de voir. Dans le système de Sintenis, poussé à ses dernières conséquences, le propriétaire d'une maison qui base son droit sur l'usucapion accomplie par lui ou par ses auteurs, ne pourrait jamais se permettre de démolir cette maison. En effet, quand même cette usucapion remonterait à plus d'un siècle, les héritiers de l'ancien propriétaire des poutres et des pierres pourraient toujours venir les revendiquer aussitôt qu'elles auraient cessé de faire partie intégrante du bâtiment. (Voyez Appendice, n° 81.)

§ 22, *a*.

POSSESSION DE DIVERSES PARTIES D'UNE CHOSE.

Les règles indiquées au paragraphe précédent peuvent seules nous expliquer la *fructuum perceptio* du possesseur de bonne foi. Nous devons en parler ici à cause de ses rapports nombreux avec

la possession ; du reste, elle ne peut s'expliquer convenablement qu'en la mettant en opposition avec les autres cas d'acquisition de fruits (1).

I. Le véritable propriétaire acquiert la propriété des fruits par accession au moment même où ils sont produits ; c'est appliquer à la propriété l'axiome : *fructus rei frugiferæ pars est*. Ce n'est que par la séparation des fruits qu'il en devient propriétaire comme de choses distinctes et indépendantes ; mais ce point est sans importance pour la question de propriété, aussi est-ce avec raison que nos sources n'en parlent pas. En général, il en est de cette séparation des fruits comme de toute autre division réelle que l'on fait d'un tout quelconque, par exemple du dépècement d'un animal ou de la démolition d'une maison : le droit de propriété n'en est pas affecté. Ainsi le droit de propriété sur les fruits sera tantôt quiritaire, tantôt bonitaire, selon la nature du droit que l'on avait sur la totalité. Dans le premier cas, à la différence du second, il ne pouvait donc jamais être nécessaire d'usucaper les fruits après leur séparation.

II. Le fermier, l'usufruitier et en général tous ceux qui font dériver leur droit aux fruits du droit du propriétaire, les acquièrent par le moyen de la *perceptio*, c'est-à-dire en en prenant possession (2). Dans les actes constitutifs des droits de ces diverses personnes, se trouve renfermée soit la *justa causa dominii*

(1) Comme cette matière n'a pour nous qu'un intérêt indirect, il va sans dire que nous ne la traiterons pas dans tous ses détails. — C'est pour cela aussi que nous n'indiquons pas ici les nombreux écrits modernes dont elle fait l'objet. (Note de la 6e éd.)

(Add. de la 7e édition.) Voy., sur l'opinion contraire : PUCHTA, *Pandekten*, § 166 ; *Institutionen*, vol. 2, § 242, p. 701 à 704 de la 2e édition ; VANGEROW, § 326, p. 546 et suiv.

(2) L. 13, *quibus modis usufr.* — L. 25, § 1, *de usuris*.

quærendi, soit l'autorisation de prendre possession des fruits, et dès lors l'appréhension équivaut à une véritable tradition dans laquelle la propriété des fruits est transférée par le propriétaire de la chose principale. Or, si ce dernier est propriétaire quiritaire, il s'ensuit que le fermier acquerra une propriété tantôt quiritaire, tantôt simplement bonitaire : quiritaire, si le fruit est une *res nec mancipi*, comme tous les produits agricoles ; bonitaire, si c'est une *res mancipi*, un cheval, par exemple (1).

III. Pour le possesseur de bonne foi, l'accession est évidemment la même que pour le propriétaire, parce que la règle sur laquelle elle se base est tout à fait générale. Le possesseur de bonne foi d'un fonds de terre acquiert donc aussi les fruits au moment où ils sont produits ; mais il n'est jamais fait mention de cette acquisition, car tant que les fruits sont unis à la chose principale, il ne peut être à leur égard, pour le possesseur de bonne foi comme pour le propriétaire, question d'un droit distinct, puisqu'ils ne sont qu'une partie de la chose principale ; c'est leur séparation qui produit un droit nouveau, à la place de l'ancien qui disparaît. Voici comment il faut expliquer ce droit nouveau. La possession juridique est la base de la *bonæ fidei possessio ;* or, lorsqu'une chose est divisée en ses diverses parties, une possession nouvelle commence pour ces parties, parce que jusque-là elles n'était pas l'objet d'une possession quelconque distincte et séparée. Dès lors il faut aussi qu'une nouvelle *bonæ fidei possessio* commence pour ces mêmes parties, par conséquent pour les fruits dans notre espèce. Mais d'après les règles de la possession, dans le cas de la division d'un objet en parties

(1) Cela résulte de ce que la simple tradition peut faire acquérir la propriété quiritaire d'une *res nec mancipi*, mais non pas d'une *res mancipi*. ULPIEN, tit. 19, §§ 3 et 7.

détachées, l'appréhension, ainsi que la *justa usucapionis causa*, passent de l'ensemble à ces parties; de sorte que dans notre espèce la *bonæ fidei possessio* des fruits commence par leur simple séparation; il ne faut pour cela ni une nouvelle appréhension, *fructuum* PERCEPTIO proprement dite, ni une nouvelle *justa causa* (1). Le possesseur de bonne foi se distingue donc de l'usufruitier et du fermier en ce que le premier voit son droit aux fruits se réaliser par la seule séparation, même si elle était le fait du hasard ou d'un tiers, tandis que les autres doivent eux-mêmes en faire la *perceptio*. D'autre part, la différence entre

(1) L. 48, pr. *de acq. rer. dom.* — L. 25, § 1, *de usuris.* — L. 13, *quibus modis ususfructus.* Il est tout à fait contraire à l'esprit du droit romain classique de ne voir là qu'une disposition tout anomale, une récompense de la bonne foi, sans autre lien avec le système du droit. Nous avons ici basé cette disposition sur des motifs dont la vérité intrinsèque a été démontrée plus haut. D'autre part, on ne saurait nier qu'à propos des fruits il ne doive être accordé au possesseur de bonne foi un avantage tout spécial pour l'indemniser des soins donnés à la chose, *pro cultura et cura*, § 35, I. *de div. rer.* Toutefois cet avantage ne concerne pas l'acquisition des fruits, mais les rapports d'obligations personnelles. En effet, si le possesseur vend ou consomme les fruits, et se trouve ainsi enrichi, il devrait à la rigueur être obligé à restituer ce profit. On pouvait l'y contraindre, non-seulement par la revendication de la chose principale, mais aussi par une *condictio* spéciale tendant à la valeur des fruits consommés. C'est là l'obligation dont on le décharge; on lui permet de garder ce profit, et c'est ce que l'on exprime par les mots : EJUS FIUNT *fructus, fructus consumptos* SUOS FACIT, expressions que l'on a incorrectement rapportées à l'acquisition de la propriété. Que ces mots ne concernent nullement le droit de propriété, c'est ce qui ressort clairement de la circonstance qu'on y parle de fruits *consommés :* or, la consommation des fruits détruit naturellement tout droit de propriété à leur égard; cela résulte, au surplus, de ce que cet avantage s'applique certainement aussi aux fruits civils, aux loyers, par exemple, quoique là il ne puisse certes être question de ce mode d'acquérir la propriété. Tout cela, du reste, peut se prouver aussi rigoureusement que n'importe quoi en droit romain, mais il faudrait pour cela une dissertation spéciale et détaillée. (Voyez Appendice, n° 82.)

le vrai propriétaire et le possesseur de bonne foi doit s'exprimer de la manière suivante : le premier est propriétaire des fruits avant et après leur séparation, et sa propriété est toujours la même, tandis que le second possède bien aussi de bonne foi les fruits avant et après la séparation, mais à dater de celle-ci il a une possession nouvelle, possession qui se base toutefois sur la même cause que l'ancienne, puisque cette cause lui est en quelque sorte transférée. Cette particularité de la *bonæ fidei possessio* nous apparaît à première vue comme une pure subtilité; elle a cependant les conséquences pratiques les plus importantes :

A. A cause du rapport qui existe entre la *bonæ fidei possessio* et l'usucapion. En effet, avec la nouvelle possession, qui commence au moment de la séparation des fruits, commence aussi une nouvelle usucapion, qui sera toujours de trois années, puisque les fruits sont toujours des choses mobilières. Avant leur séparation, les fruits étaient compris dans l'usucapion de la chose principale, usucapion de dix ou de vingt ans pour les immeubles (1).

B. A cause des exceptions spéciales propres à la possession de bonne foi et à l'usucapion, exceptions relatives surtout à la *res furtiva* et *vi possessa*. Tant que le fruit n'est qu'une partie de la chose frugifère, il participe au vice qui entache celle-ci ; mais la nouvelle possession de bonne foi, qui naît au moment de la séparation, n'en est pas affectée. Ainsi, pour la *res furtiva,* si le fruit existait déjà entre les mains du voleur, il est sans doute pour toujours *res furtiva*, non pas parce que la chose principale l'était,

(1) Sous ce rapport, la propriété bonitaire de l'ancien droit (n° 1) ressemblait complétement à la possession de bonne foi. Celui qui avait un fonds de terre *in bonis* avait besoin de deux années pour l'usucaper; le bois qu'il y abattait était usucapé au bout d'une année.

mais parce qu'il était lui-même compris dans le vol. Au contraire, si le fruit ne se produit qu'entre les mains du possesseur de bonne foi, ce motif disparaît, et il n'est pas douteux que le fruit ne puisse être usucapé (1). — De même, et plus clairement encore, pour les *res vi possessæ*. Ici la prohibition de l'usucapion ne saurait en aucun cas s'étendre au fruit séparé de la chose frugifère, parce que cette prohibition ne concerne que les choses immobilières et que tout fruit est mobilier. — Cette application de notre règle est donc bien loin d'infirmer la règle même (2) : au contraire, elle nous permet de la préciser mieux que nous ne l'avons pu jusqu'à présent. En effet, l'acquisition des fruits par leur séparation, telle que nous venons de l'exposer, n'est pas seulement applicable, comme je l'avais provisoirement supposé, à celui qui est en voie d'usucaper la chose frugifère, mais aussi à toute personne qui réunit les conditions positives de cette possession, la *possessio*, la *bona fides* (3) et la *justa causa*, peu importe d'ailleurs que la chose principale soit, ou non, susceptible d'usucapion (4).

(1) L. 48, § 5, *de furtis*. — L. 33, pr. *de usurp.*, etc. Les controverses des jurisconsultes romains sur le *partus ancillæ* proviennent de considérations toutes spéciales.

(2) Comme le voudrait ZACHARIÆ (*de poss.*, p. 30). Une autre objection du même auteur est encore moins sérieuse : la *fructuum perceptio*, dit-il, est une *adquisitio naturalis*, tandis que la *bonæ fidei possessio* est une institution du droit positif, plus récente même que l'usucapion.

(3) A quel moment la *bona fides* doit-elle exister : au moment où l'on prend possession de la chose principale, ou au moment de l'acquisition des fruits? Les jurisconsultes romains ne sont pas d'accord sur ce point : voy. L. 48, § 1, *de adq. rer. dom.* — L. 23, § 1, *eod.* — L. 11, §§ 3 et 4, *de Publiciana*. — L. 25, § 2, *de usuris*. La question est sans importance pour nous.

(4) L. 48, pr. *de acq. rer. dom.* et de même le § 1 du même fragment. « ... *Is qui non potest capere propter rei vitium fructus suos facit.* »

IV. Le fermier d'un *ager vectigalis* et l'emphytéote acquièrent en général la propriété des fruits par la tradition, ainsi que nous l'avons vu au n° II; mais ici cette tradition ne résulte plus, comme pour tout autre fermier, d'une appréhension nouvelle. Puisque l'un et l'autre ont la possession juridique de la chose principale, ils acquièrent les fruits par la simple séparation, comme le ferait un possesseur de bonne foi. De plus, cette tradition leur confère toujours la propriété quiritaire, parce que les produits agricoles sont toujours *res nec mancipi;* leur droit sur ceux-ci est ainsi plus avantageux même que celui du possesseur de bonne foi. Mais le moment où se produit l'acquisition des fruits est le même (1), et résulte des mêmes règles de possession que nous avons exposées plus haut, au § 22. Comme il est d'ailleurs impossible de fixer ce moment d'après d'autres principes (voyez Appendice, n° 83), il en résulte d'autre part une preuve directe de la possession juridique du fermier de l'*ager vectigalis*.

Telle est encore exactement la position du créancier gagiste auquel on abandonne les fruits de l'immeuble en vertu d'une antichrèse. Il fait, comme le fermier, découler son droit aux fruits d'une convention avec le propriétaire, mais il a en même temps la possession du sol, comme l'emphytéote (2); la propriété des fruits doit donc aussi lui être attribuée dès le moment de leur séparation, quoique nous ne trouvions pas de preuves directes de cette assertion.

(1) L. 25, § 1, *de usuris*.
(2) Voyez notre § 24.

§ 23.

POSSESSION DÉRIVÉE.

A propos de l'*animus possidendi*, nous devons encore nous demander ce que c'est que la possession dérivée (1).

Ce qu'il y a de particulier ici, c'est qu'un possesseur antérieur transfère son *jus possessionis* sans transférer aussi la propriété. L'appréhension est donc la même que partout ailleurs; une volonté expresse doit aussi s'y joindre, mais cette volonté ne doit tendre qu'à l'acquisition du *jus possessionis*. Il ne serait même pas possible de vouloir considérer la chose comme sienne, d'avoir l'*animus domini*, puisque le droit de propriété d'un autre est expressément reconnu.

Il s'agit ici d'indiquer d'une manière complète tous les cas dans lesquels se présente une possession dérivée; en d'autres termes, nous avons à examiner tous les actes juridiques qui transfèrent la détention d'une chose, sans en transférer aussi la propriété, et pour chacun d'eux nous avons à nous demander si avec la détention se trouve aussi transféré le *jus possessionis*. Ces actes juridiques se subdivisent en trois classes. Les uns ne donnent jamais lieu à une possession dérivée, les autres toujours, d'autres enfin dans certains cas seulement. Nous en parlerons successivement aux §§ 23, 24 et 25. Dans tous ces cas, nous devons toujours nous rappeler une observation, que nous avons déjà faite plus haut (2), savoir, que la possession dérivée est toujours une exception. La règle est donc que de semblables actes juri-

(1) Voyez p. 230; comp. p. 98 à 100.
(2) Page 230.

diques ne transfèrent pas de possession juridique, et que partout où l'on prétend trouver un tel transfert, il faut le prouver et l'expliquer.

Première classe. Cas où le transfert de la détention n'implique jamais le transfert de la possession juridique. — Tous ces cas ont cela de commun que le possesseur actuel ne perd nullement son *jus possessionis;* l'autre partie n'acquiert donc pas cette possession, mais ne fait qu'exercer la possession d'autrui.

Le premier cas, et le plus clair de tous, est celui où nous transférons la détention à quelqu'un que nous chargeons de gérer notre possession, soit seule, soit comme partie intégrante de notre patrimoine : *procurator* dans le sens restreint (1).

En second lieu, il faut nommer ici le commodat. Celui qui permet ainsi à un autre l'usage d'une chose dont il est propriétaire n'en perd pas plus la possession que le commodataire ne l'acquiert (2).

Il en est tout à fait de même du bail, puisque la nature de ce contrat ne nous oblige pas non plus à supposer un transfert de possession (3). En effet, le bail ne saurait avoir d'influence sur l'usucapion, et à cause des interdits il n'est pas davantage néces-

(1) « *Quod servus,* VEL PROCURATOR, *vel colonus tenent,* DOMINUS CREDITUR POSSIDERE. » L. 1, § 22, *de vi.* — Cf. L. 9, *de poss.*

(2) « *Rei commodatæ et possessionem et proprietatem retinemus.* » L. 8, *commodati.* — Cf. L. 3, § 20, *de poss.*

(3) « ... *Et colonus et inquilinus sunt in prædio et tamen non possident.* » L. 6, § 2, *de precario.* — « ET PER COLONOS ET INQUILINOS, *aut servos nostros possidemus.* — L. 25, § 1, *de poss.* — Quelques auteurs ont été induits en erreur par deux passages qui attribuent les interdits au fermier : L. 12 et 18, *de vi.* Mais ces textes supposent que le fermier ait violemment dépossédé le propriétaire ; c'est à partir de cette *dejectio* que le fermier possède, et non à partir du contrat de bail. (Voyez Appendice, n° 84.)

saire d'attribuer la possession au preneur. Son contrat sert à le protéger contre les actes de violence du propriétaire; à l'égard des tiers, les interdits accordés au propriétaire suffisent, puisque le preneur peut exiger, en vertu de son contrat, que le propriétaire l'indemnise ou lui cède ses interdits (1). — On indique à tort les cas suivants comme dérogeant à la règle que le preneur ne possède qu'au nom du propriétaire : *A.* Lorsque le preneur est propriétaire de la chose louée qui jusque-là était possédée par autrui, cette possession antérieure vient en réalité à cesser (2). Mais la raison en est qu'il n'y a pas ici de bail véritable : ce n'est donc pas une exception, c'est au contraire une application de notre règle. — *B.* Lorsqu'on est spécialement convenu de transférer la possession. Mais cette convention est tellement contraire à la nature du bail, que celui-ci serait considéré comme résilié si par un autre acte quelconque la possession se trouvait être transférée (3). Il en est qui ont soutenu le contraire, parce qu'ils ont mal compris la *possessionis locatio* dont nous avons parlé dans notre § 5. Cette espèce de louage est non pas un bail qui fait acquérir la possession, mais un bail qui ne présuppose que la seule possession dans le chef du bailleur. C'est par là seulement qu'il se distingue du bail ordinaire, où le bailleur est à la fois propriétaire et possesseur; et il a cela

(1) Voyez, plus haut, § 9, l'addition faite dans la 6e édition.

(2) Sur ce point, et sur l'exception que renferme la *locatio possessionis*, voyez notre § 5, p. 24. Voyez, plus loin, au § 21, une application de cette exception.

(3) L. 10, *de poss.* (voyez, plus loin, § 23). — Chez plusieurs, ce n'est que la conséquence de cette erreur plus générale et plus grave qui consiste à dire que la possession peut toujours arbitrairement se transférer à ceux qui, d'après la règle générale, devraient être considérés comme gérant seulement la possession d'autrui. Voyez notre § 9. (Note de la 6e éd.)

de commun avec tous les autres baux, que le preneur ne fait qu'administrer la possession appartenant au bailleur (1).

Un quatrième cas, où la détention se transfère sans la possession, est puisé dans les formes de la procédure romaine : c'est la *missio in possessionem*. Cette autorisation du préteur, de se mettre en possession d'une chose, se donnait dans deux buts distincts : *A*. En vue de transférer la propriété bonitaire avec la *conditio usucapiendi* (2). La possession est ici transférée aussi, mais ce n'est pas une possession dérivée; c'est une possession originaire, car le possesseur possédait *pro suo*, c'est-à-dire avec l'intention de considérer la chose comme sienne. — *B*. Pour prévenir une aliénation, permettre de jouir des fruits, et ainsi de suite. Dans ces cas, on acquiert la détention sans possession. En voici le motif. La personne envoyée ainsi en possession ne doit pas pouvoir usucaper la chose, car c'est précisément en cela que cette *missio* diffère de la première; il ne lui faut pas non plus la possession en vue de pouvoir invoquer les interdits, puisqu'elle a un interdit spécial différent des interdits possessoires, et même plus avantageux que ceux-ci (3). Il est donc facile de concevoir que, dans chaque cas de ce genre, l'envoyé en possession n'acquérait jamais la véritable possession de la chose, mais seulement la détention au nom du vrai possesseur (4).

(1) L. 37, *de pign. act.* (Voyez, plus loin, notre § 24.)

(2) Telle est la *missio ex secundo decreto damni infecti causa* (L. 7, pr. *de damno infecto*), et il est dit expressément qu'il en résulte une possession juridique; ce qui n'est jamais le cas dans le *primum decretum* (L. 3, § 23, *de poss.*, et L. 15, §§ 16 et 17, L. 18, § 15, *de damno inf.*) — C'est de la même manière et avec les mêmes effets que se donnait toute *bonorum possessio*, quoique le mot *missio* ne se trouve peut-être jamais employé à propos de la *bonorum possessio edictalis*.

(3) *Dig.*, lib. 43, tit. 4.

(4) L. 3, § 23, et L. 10, § 1, *de poss.* L. 3, § 8, *uti possid.* — THIBAUT

Le cinquième et dernier cas de cette classe est relatif à la détention résultant de l'exercice d'un *jus in re*. Lorsqu'on remet une chose à celui qui en a l'usufruit, le droit d'usage ou un autre droit de ce genre, on n'en perd pas la possession; l'usufruitier exerce cette possession au nom du propriétaire comme le ferait un simple fermier. — Le motif en est clair. Ce n'est pas en vue de l'usucapion qu'on pourrait ici vouloir une mutation de possession, puisque ce *jus in re* n'a pas pour but de mener à la propriété; ce n'est pas non plus en vue des interdits, car l'exercice du droit réel est protégé contre les tiers par des interdits spéciaux (1), et la protection résultant de ces interdits n'est nullement affectée par la circonstance que le propriétaire a, lui aussi, les interdits pour protéger sa possession. Enfin le conflit possible entre l'usufruitier et le propriétaire n'exige également pas qu'on enlève la possession à ce dernier : tous deux ont des interdits, mais ces interdits sont entre eux dans un rapport analogue à celui qui existe entre la revendication et la *confessoria actio*, ou entre la règle et l'exception; dès lors ce rapport

(*Vom Besitz*, p. 13) prétend trouver une exception dans le cas d'absence frauduleuse (L. 7, § 1, *quib. ex causis in poss.*), mais l'expression *bona possidere* n'implique pas davantage une possession juridique que ne le ferait toute autre *missio* des créanciers (L. 3, § 8, *uti possid.*). La même expression s'emploie d'ailleurs encore dans d'autres cas où il n'y a certes pas de possession juridique (L. 12, *quib. ex c. in poss.*). — La règle paraît contredite par la L. 30, § 2, *de poss.* « *Item cum Prætor idcirco in possessionem rei (ire) jussit quod damni infecti non promittebatur,* POSSESSIONEM INVITUM DOMINUM AMITTERE LABEO AIT. » Que cette loi n'est pas en opposition avec les précédentes, cela résulte déjà suffisamment de ce qu'elle a PAUL pour auteur, comme la L. 3, § 23, *de possessione;* et l'opinion de LABÉON n'y est citée que précisément comme celle de Q. MUCIUS dans la L. 3 ci-dessus; les mots *ineptissimum est,* ajoutés à cette dernière, doivent être suppléés dans l'autre. C'est seulement relativement au *secundum decretum* qu'elle réfère l'opinion de PAUL.

(1) Voyez notre § 12.

ne pourra produire de conflit qu'il ne soit très-facile de vider (1). — Toutes ces propositions doivent maintenant être prouvées :

C'est pour l'usufruit qu'il est le plus facile d'établir par les textes que ce droit réel ne confère aucunement la possession.

L. 6, § 2, *de precario* (2).

« ... *Et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in* « *prædio : et tamen* NON POSSIDENT. »

L. 12, pr., *de possessione.*

« *Naturaliter videtur possidere* (3) *is qui usumfructum* (4) « *habet.* »

Ailleurs la relation dans laquelle se trouve l'usufruit à l'égard de la propriété est aussi précisée dans ce sens que l'exercice de la propriété, c'est-à-dire la possession, et l'exercice de l'usufruit

(1) Voyez notre § 9, addition de la 6e édition.

(2) Comparez L. 1, § 8, *de poss.* — L. 10, § 5, *de adq. rer. dom.* (§ 4, I *per quas pers.*). — L. 5, § 1, *ad exhibendum.* — Par contre CICÉRON, *pro Cœcina*, ch. 32, p. m. 308, s'exprime de la manière suivante : *Cæsennium possedisse propter usumfructum non negas.* Il n'est pas nécessaire de supposer que les principes en cette matière aient été autres du temps de CICÉRON, ni que cet orateur ait, par ignorance ou pour les besoins de la cause, affirmé une erreur juridique. Car on ne peut nier que l'usufruitier n'ait une certaine possession, la *juris quasi possessio* avec le droit aux interdits ; et il ne s'agissait dans cette espèce que de l'admissibilité des interdits. C'est une possession proprement dite, une *possessio ipsius rei*, que ne peut avoir l'usufruitier, aussi CICÉRON ne la lui attribue-t-il pas ; quant aux conséquences qu'il tire de sa proposition, il est vrai qu'il le fait en avocat.

(3) *I. e. jus possessionis habere non videtur ;* c'est seulement par sa liaison avec les autres passages que ce texte devient parfaitement clair, car l'expression *naturalis possessio* n'est pas claire. (Voy p. 74-77.) — *Glossa interlin. ad v.* NATURALITER (*Ms. Paris.*, 4458, *a*), « *id est corporaliter tantum M.* » (c'est-à-dire *Martinus*).

(4) *Rom.* 1476 : « *usum.* »

sont tout à fait indépendants l'un de l'autre et ne peuvent s'entraver réciproquement.

L. 52, pr., *de possessione.*

« *Permisceri causas possessionis et ususfructus non oportet :*
« *quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent :*
« NEQUE (1) IMPEDIRI POSSESSIONEM SI ALIUS FRUATUR : NEQUE ALTE-
« RIUS FRUCTUM AMPUTARI (2), SI ALTER POSSIDEAT. »

De tout temps, peu d'auteurs seulement se sont bien rendu compte de ce rapport si simple entre la possession et l'usufruit (3). La plupart donnent à l'usufruitier, outre la *juris quasi possessio*, une possession juridique relativement à la chose elle-même (4) ; ils y sont conduits soit par leur notion fausse de la *possessio naturalis*, soit aussi parce qu'il n'y a pas ici d'interdit

(1) *Neque* se trouve dans sept manuscrits de Paris, dans un manuscrit de Metz, dans celui de Leipzig et dans le mien ; puis encore dans : *Cod. Rehd.*, *Edd. Rom.* 1476, *Nor.* 1483, *Ven.* 1485 et 1494, *Lugd.* 1509 et 1513, *Hal.*, *Paris* 1514 et 1536. Les Basiliques confirment aussi cette leçon (MEERMANN, VII, 49). — Le texte florentin porte *namque*.

(2) *Amputari* se trouve dans les manuscrits et dans les éditions cités à la note précédente. On sait que l'usufruit s'éteint par non-usage ; d'après ce passage, la simple *possessio* par un tiers ne doit pas suffire à cette fin, parce que l'exercice de l'usufruit et celui du droit de propriété sont indépendants l'un de l'autre. Le texte florentin porte *computari*.

(3) PLACENTINI *Summa in Cod.*, lib. 8, tit. 4 (p. 373) et lib. 8, tit. 5 (p. 376). — ALCIATUS, *in* L. 1, pr. *de poss.*, nos 42 et 43 (p. 1200). — RETES, *de poss.*, P. 1, c. 4, §§ 11-13 (MEERMANN, t. 7, p. 472 et 473).

(4) JOANNES BASSIANUS (voy., plus haut, p. 123 et 175). — *Glossa in* L. 23, § 2, *quib. ex caus. maj.*, *in* L. 3, § 9, L. 9, *de vi*, *in* L. 4, *uti possid.*, *in* L. 6, § 2, *de p ec.* — BARTOLUS, *in* L. 1, pr. *de poss.*, nos 9 et 12. — CUJAS, *in observ.* IX, 33, XVIII, 24, *not. prior. in* § 4, I. *per quas pers.*, *Comm. in* L. 12, pr., *de poss.* (*opp.*, t. 8, p. 271) *Comm. in Cod.*, lib. 7, tit. 32 (*opp.*, t. 9, p. 1007). — GALVANUS, *de usufructu*, c. 34. — Accurse et Cujas ont en réalité toutes les opinions à la fois ; Galvanus a trouvé des moyens nouveaux d'achever la confusion.

spécial comme pour les autres servitudes, mais que l'usufruitier peut même invoquer les interdits *de vi* ou *uti possidetis*. Toutefois la question du nom donné à un interdit est évidemment tout autre chose que le droit lui-même de l'invoquer. Il est sans doute singulier que l'usufruitier ait les mêmes interdits que le possesseur proprement dit; cela constitue une extension donnée à la sphère première de ces interdits (1); au surplus cette circonstance est purement accidentelle, et c'est tout à fait à tort que l'on considère comme une exception à la règle le droit aux interdits accordé à l'usufruitier. Ce droit et la ressemblance avec les interdits du possesseur n'impliquent aucunement l'idée d'une vraie possession dans le chef de l'usufruitier.

Ce que nous disons de l'usufruit doit, à plus forte raison, se dire du droit d'usage et des autres servitudes qui supposent la détention de la chose grevée, puisque dans tous ces cas le démembrement de propriété est moins important que dans le cas d'un usufruit. C'est peut-être aussi pour cela que les sources ne parlent même pas de la possession dans ces diverses hypothèses (2).

Il en est d'ailleurs ainsi non-seulement pour les servitudes, mais pour tout *jus in re* en général, donc aussi pour la *superficies;* car ce droit donne lieu à un interdit tout spécial (3), et non pas à l'interdit *uti possidetis* qui appartient cependant à tout possesseur juridique. De plus, nous avons le passage suivant qui rappelle expressément, à propos du droit de superficie, ce rapport, indiqué plus haut, entre la propriété et le *jus in re*, rapport semblable à celui d'une règle à son exception.

(1) DONELLI, *Comm. jur. civ.* — Lib. 15, c. 32 (p. 801), c. 33 (p. 805).
(2) Voyez, plus haut, p. 270, note 4.
(3) *Dig.*, lib. 43, tit. 18.

L. 3, § 7, *uti possidetis.*

« *Sed si supra ædes, quas possideo, cœnaculum sit, in quo alius* « *quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse,* « *Labeo ait, non eum, qui in cœnaculo moraretur : semper enim* « *superficiem solo cedere. Plane si cœnaculum ex publico aditum* « *habeat, ait Labeo, videri non ab eo ædes possideri qui* « κρύπτας *possideret, sed ab eo cujus ædes supra* κρύπτας *essent :* « *verum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit. Ceterum* « *superficiarii* PROPRIO INTERDICTO *et actionibus a Prætore* « *utentur : dominus autem soli, tam adversus alium, quam* « *adversus superficiarium* POTIOR ERIT INTERDICTO UTI POSSIDETIS : « SED PRÆTOR SUPERFICIARIUM TUEBITUR SECUNDUM LEGEM LOCA- « TIONIS *et ita Pomponius quoque probat.* »

On a toujours mal compris ce texte, parce qu'on est parti de l'idée qu'il parlait dans toute son étendue d'un seul et même cas ; il comprend au contraire deux parties distinctes, dont la seconde commence à *ceterum*. Voici d'abord l'hypothèse que prévoit la première partie. Je possède une maison; dans un étage supérieur demeure une autre personne, non pas à titre de bail ou d'usufruit, mais *quasi dominus*, exactement comme j'habite, moi, la partie inférieure ; de sorte que chacun de nous, considéré isolément et abstraction faite de l'autre, serait incontestablement véritable possesseur. Comment réglera-t-on cette possession et les interdits possessoires? — On pourrait croire d'abord que chacun aura les interdits pour son étage. Le jurisconsulte ne réfute pas cette opinion qui trancherait la difficulté d'une façon bien simple ; mais, sans le dire, il la suppose évidemment impossible, et le motif en est, sans aucun doute, que les divers étages d'une maison ne peuvent être possédés par différentes person-

nes (1). Le seul parti à prendre est donc de proclamer l'un de nous deux possesseur exclusif de la maison, et de lui donner à lui seul les interdits. Or, dit le jurisconsulte, en général, ce vrai possesseur est l'habitant de l'étage inférieur, et l'autre doit lui céder le rang, parce que c'est la partie inférieure du bâtiment qui tient au sol et que c'est le sol qui détermine la condition du bâtiment. Toutefois cela n'est pas vrai d'une manière générale, car lorsque celui qui habite un étage supérieur occupe la partie principale de la maison, avec une entrée particulière et directe, tandis que l'autre occupe seulement un souterrain, une cave, κρύπτη, le premier est considéré comme le vrai possesseur de la maison auquel on accorde les interdits, qu'on refuse au second. Dans ce premier cas, on suppose donc que chacun des deux occupe la maison *quasi dominus*. — Voici maintenant la seconde hypothèse. Il en est tout autrement lorsque l'habitant supérieur n'occupe pas la maison *quasi dominus*, mais en vertu d'un droit de superficie. Ici point de difficultés; tout se règle facilement, conformément aux principes ordinaires de la *possessio* et de la *quasi possessio*. Le propriétaire, en effet, est seul possesseur de la maison entière et il a l'interdit *uti possidetis* contre tous, même contre le superficiaire. Celui-ci, de son côté, de même qu'il aurait comme demandeur l'interdit spécial *de superficiebus* contre tout le monde et même contre le propriétaire, aura, comme défendeur, ce même interdit sous la forme d'une exception, pour se protéger contre l'interdit *uti possidetis* du propriétaire. — Toute cette interprétation se base sur une division convenable du texte, division que le mot *ceterum* indique clairement, et qu'on n'a probablement méconnue la plupart du temps que

(1) Voyez pages 246-248.

parce que le mot *superficies* se trouve aussi employé dans la première partie. Il est cependant clair que là, comme auparavant déjà au § 5, il n'est pas employé pour désigner un droit, mais seulement dans un sens tout à fait matériel pour désigner l'édifice par opposition au sol. Si l'on admet cette division et cette explication, l'opposition même entre ces deux hypothèses prouvera bien clairement que le jurisconsulte attribue, dans le cas d'un droit de superficie, la *corporis possessio* de l'immeuble et de toutes ses parties au propriétaire seul, tandis qu'il accorde au superficiaire la *juris quasi possessio* des parties de l'immeuble que la convention concerne : *secundum legem locationis* (1).

(1) Du Roi, *spec. observ. de jure in re*, Heidelberg, 1812, 8°, p. 62 et suiv., soutient que le droit de superficie n'est pas un *jus in re*, mais une espèce de propriété bonitaire ou de *dominium utile*. Il se sert à cette fin d'arguments semblables à ceux que j'employais dans ma deuxième édition pour essayer de faire reconnaître à l'emphytéote un droit de propriété bonitaire, arguments consistant à dire qu'en pratique il jouit de presque tous les avantages du droit de propriété. Je pense qu'il va trop loin lorsque, argumentant de la L. 73 et 75, *de rei vind.* « *Superficiario... Prætor causa cognita in rem actionem pollicetur*, » il en conclut que le superficiaire peut intenter la revendication, parce que ce fragment se trouve au titre *de rei vindicatione*. A la page 65, il se voit aussi obligé d'admettre une raison d'équité, opposée, selon lui, non-seulement au *jus civile*, mais aussi au *jus naturale*, ce qui ne se concilie certes pas avec l'idée même de l'*æquitas*. Je crois que pour la superficie, comme pour l'emphytéose, nous ne pouvons trouver d'autre forme juridique que celle d'un *jus in re*, et alors la relation entre ce *jus in re* et la propriété explique tout d'une maniere satisfaisante. Il est vrai que ces nouveaux *jura in re* se rapprochent beaucoup de la propriété, beaucoup plus qu'on ne l'aurait cru convenable ou possible d'après les anciens principes, si rigoureux en matière de propriété. C'est d'après cette manière de voir stricte et rigoureuse, qui certes n'admettrait pas non plus le droit de gage dans le sens nouveau, que s'est formée la théorie des servitudes; et c'est là ce qui explique les limites étroites dans lesquelles sont renfermées les servitudes permises, limites que les jurisconsultes modernes ont coutume de considérer comme des subtilités de l'ancien droit.

Placentin (1) est peut-être le seul auteur qui ait reconnu cette égalité parfaite de la possession dans les divers *jura in re*, c'est-à-dire l'usufruit, la superficie et les autres. La plupart des auteurs se sont contentés d'examiner la nature de la possession soit de l'usufruitier soit du superficiaire, parce que, fort accidentellement sans doute, les textes ne parlent de possession qu'à propos de ces deux espèces de droits (2).

§ 24.

POSSESSION DÉRIVÉE (CONTINUATION).

Deuxième classe : Détention qui ne se transfère jamais sans être accompagnée de possession (3).

Cette classe comprend deux cas différents :

I. La possession de l'emphytéote. Cette possession ne peut être contestée, et comme elle n'est pas accompagnée d'*animus domini*, ce ne peut être qu'une possession dérivée. C'est par les textes et non par la nature et le but même de cette institution, qu'on parvient à prouver que c'est une possession dérivée et non une simple *juris quasi possessio* (4).

II. La possession du créancier gagiste, c'est-à-dire la posses-

(1) *Summa in Cod.*, lib. 4, tit. 4, p. 373; lib. 8, tit. 5, p. 376.

(2) Des auteurs modernes ont récemment défendu avec soin l'opinion qui attribue au superficiaire une *corporis possessio;* de là résulterait nécessairement cette conséquence, à laquelle ils ne paraissent pas songer beaucoup, que le propriétaire n'aurait pas cette *corporis possessio*. Voyez SCHROETER, *Linde's Zeitschrift*, vol. 2, p. 244-255; BUCHHOLTZ, *Versuche*, p. 83 (Note de la 6e éd.) (Voyez Appendice, n° 85.)

(3) Voyez page 265.

(4) Voyez, plus haut, p. 96, 97, § 12 *a* et § 22 *a*. — SCHROETER, *Linde's Zeitschrift*, vol. 2, p. 237-243, donne une autre explication de la possession attribuée à l'emphytéote. (Note de la 6e éd.)

sion basée sur le contrat de gage. C'est de ce contrat seul, *contractus pignoris*, que résulte cette possession, et non pas de toute autre mise en gage. Elle ne résulte notamment pas du simple gage prétorien (1), car ce dernier se trouve dans toute *missio in possessionem* (2), et cependant la *missio* n'a pas en général pour effet de produire la possession (3). Il en est de même du *pignus in causa judicati captum* qu'il faut considérer comme analogue au gage prétorien (4). Enfin un simple contrat, par lequel on engagerait une chose sans la remettre à l'autre partie, ne produirait pas non plus de possession (5).

Voici comment il faut expliquer cette possession attribuée au créancier gagiste. Pendant longtemps, les Romains ne connaissaient que deux manières d'assurer l'exécution d'une obligation

(1) Lorsque le défendeur à une action en revendication ne comparaît pas, et que le demandeur obtient l'envoi en possession, la L. 8, *in f.* C. *de præscr.* 30 *vel* 40 *ann.*, semble lui attribuer la possession. BULGARUS ne la lui reconnaît qu'après une année ; MARTINUS, dès le jour de l'envoi, mais de telle sorte que pendant une année on peut la lui reprendre. (ODOFREDUS, *in* L. 3, *in f. de poss.*, fol. 57.) Mais le passage cité peut tout aussi bien se rapporter à une simple détention, et c'est ce qu'il faut admettre, à cause de la nature générale du gage prétorien.

(2) L. 26, pr. *de pign. act.* — L. 12, *pro empt.*

(3) Voyez page 267.

(4) ODOFREDUS, *loc. cit.*

(5) L. 33, § 5, *de usurp.* On pourrait donc fort bien supposer ici une *juris quasi possessio ;* mais elle n'est mentionnée nulle part. Nous n'avons non plus aucun motif d'admettre que le créancier qui se procure la détention de la chose par l'*actio hypothecaria*, acquière par là une possession juridique. — On pourrait se demander s'il n'en a pas besoin pour pouvoir vendre et livrer la chose ; mais il fait cette tradition au nom d'autrui, comme le ferait un mandataire, qui n'a pas besoin de possession non plus pour transférer la propriété. (Note de la 6e éd.) — Il ne faut pas confondre le *pactum hypothecæ* avec un autre acte juridique, qui, à première vue, semble être le même : c'est le *pignus* joint au *constitutum possessorium*. Nous en parlerons plus loin.

sur les biens du débiteur. Par la première on transférait dès le principe, au moyen de la mancipation, la propriété d'une chose au créancier, mais de telle sorte que dans la mancipation elle-même celui-ci promettait de laisser le débiteur dégager la chose en exécutant son obligation : *pactum de remancipando, fiducia.* Cette forme était peu commode et, de plus, ne pouvait s'appliquer qu'aux *res mancipi* (1); voilà pourquoi on eut recours à un second moyen. On remettait simplement la chose au créancier, sans qu'il dût résulter de cette remise d'autre droit que celui qu'aurait le débiteur d'en exiger plus tard la restitution : *actio pigneratitia.* Nous avons déjà vu plus haut qu'il ne pouvait être question alors d'*animus domini,* ni par conséquent de possession originaire. S'il doit néanmoins y avoir possession, il faut que ce soit une possession dérivée, et c'est d'elle que nous parlons ici. En principe, cette remise ne donne donc au créancier d'autre sécurité que celle qui résulte de la conservation d'une chose, sur le prix de laquelle il pourra plus tard se payer; toute sécurité est perdue dès qu'il perd cette possession naturelle; mais viennent ensuite les interdits possessoires, et il est facile de voir, par la nature même du contrat, à qui ils devaient être accordés. Ce ne pouvait être au débiteur, qui, sans cela, aurait pu facilement se remettre frauduleusement en possession de l'objet (2);

(1) On pourrait cependant arriver au même but par une *in jure cessio* (GAIUS, II, 59), et celle-ci s'appliquait à toute espèce d'objets. (Note de la 4e éd.)

(2) On pourrait objecter que la même chose peut se dire du locataire, du commodataire, et ainsi de suite. Mais le gage manuel a précisément pour but de donner au créancier une sûreté spéciale vis-à-vis de son débiteur; il découle donc, à la différence de ces contrats, d'une idée de méfiance à l'égard du débiteur, ce qui ne se concilierait guère avec les interdits que l'on accorderait à ce dernier. C'est ainsi que THIBAUT,

le créancier, au contraire, devait les avoir, car il est dans la nature du contrat qu'il détienne la chose engagée, et les interdits sont là pour lui conserver ou rendre cette détention (1). Il n'en fut plus tout à fait de même lorsque, plus tard, on accorda au créancier une action réelle, *actio quasi Serviana*, pour recouvrer la possession perdue. Les interdits ne lui étaient plus dès lors aussi nécessaires; il les conserva néanmoins, et en effet le propriétaire également les avait, quoiqu'il eût eu de tout temps l'action en revendication. C'est donc une erreur grave que de rapporter la possession du créancier gagiste à cette action réelle comme à sa base ou à son origine, et de la considérer comme n'étant que le résultat, le produit de cette action, tandis que celle-ci aurait pu, au contraire, mettre fin à la possession. — Voici donc dans quel rapport se trouveraient entre elles les deux parties : le créancier aurait la possession juridique, c'est-à-dire le droit aux interdits, mais non le droit d'usucaper, *possessio civilis*, puisqu'il n'a ni la *justa causa* ni la *bona fides;* le débiteur n'aurait pas le droit d'invoquer les interdits, ni par conséquent la possession juridique, en sorte que même l'usucapion, commencée par lui, cesserait de courir (2). — Cependant ce dernier point non-seulement ne découle pas, comme conséquence directe, du but du contrat de gage, mais il est au contraire positivement opposé à l'intérêt même du créancier; car si la chose que le débiteur usucapait jusqu'alors se trouvait appartenir à un autre, la revendication de celui-ci ne pouvait être écartée que par une usuca-

Archiv, vol. 18, p. 321, exprime fort bien, et en termes plus précis que moi, la nature de cette relation juridique. (Note de la 6e éd.)

(1) Il n'est donc pas nécessaire de considérer cette possession du créancier gagiste comme un reste de l'ancienne *fiducia*, ainsi que le fait UNTERHOLZNER, *Verjæhrung*, p. 160.

(2) Voyez pages 72, 73.

pion terminée. L'interruption de l'usucapion permettait au propriétaire de diriger son action en revendication, non-seulement contre le créancier, mais aussi contre tout possesseur quelconque. — Cet intérêt du créancier, tout différent selon qu'il s'agit d'interdits ou d'usucapion, a fait admettre ici aux règles sur la possession une exception telle que nous n'en rencontrons nulle part ailleurs. Voici comment : Le créancier a la *possessio*, c'est-à-dire le droit aux interdits, mais non la *civilis possessio*, le droit d'usucaper. Le débiteur n'a pas le droit aux interdits, bien plus, il n'a pas de possession du tout, et cependant il continue l'usucapion commencée, comme s'il possédait encore toujours. Il n'est pas indifférent, comme on pourrait le croire à première vue, d'exprimer cette dernière proposition dans les termes que nous venons d'employer, et que justifie un texte du droit romain (1), au lieu de dire que le débiteur est réellement possesseur et que la possession se trouve partagée entre lui et son créancier. En effet, selon notre manière de nous exprimer, toute l'exception se réfère à la règle : *sine possessione usucapio contingere non potest*, et non pas à la règle : *plures eandem rem in solidum possidere non possunt;* le caractère général de ce dernier principe reste donc sauf. De plus, notre manière de dire fait ressortir de quel côté se trouve l'exception : c'est le droit du débiteur qui dévie de la règle; celui du créancier est tout à fait conforme aux principes sur la possession dérivée, et c'est pour cela que la possession du créancier gagiste a parfaitement pu nous servir à préciser les notions générales de *civilis* et de *naturalis possessio*, procédé qui, dans le cas contraire, eût été tout à fait illogique.

Il s'agit maintenant d'indiquer les preuves à l'appui de tout ce

(1) L. 36, *de poss.*

que nous venons de dire sur la possession du créancier gagiste.

A. Le créancier a la possession juridique, sauf le droit à l'usucapion :

L. 16, *de usurp.* (1).

« ... *Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet :* « QUOD AD RELIQUAS OMNES CAUSAS PERTINET, QUI ACCEPIT, POSSI- « DET. »

B. C'est une conséquence de la proposition précédente, que le créancier gagiste peut donner la chose en bail comme tout possesseur (2); il peut même la louer au débiteur, qui en est cependant propriétaire ; le louage est alors une *possessionis locatio* (3), et le débiteur possède sa propre chose au nom d'autrui :

L. 37, *de pign. act.* (4).

« *Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem* « *retineo possessionem : quia, antequam conduceret debitor, non* « *fuerit ejus possessio : cum et animus mihi retinendi sit, et con-* « *ducenti non sit animus possessionem apiscendi.* »

(1) Comp. L. 40, pr. *de poss.* — L. 15, § 2, *qui satisd. cog.* — L. 35, § 1, *de pign. act.* — L. 3, § 15, *ad exhibendum*, p. 54. — On ne peut objecter sérieusement la L. 7, § 2, C. *de præscr.* 30 *vel* 40 *ann.*, car « posséder au nom d'autrui » peut se prendre dans des acceptions bien différentes ; aussi le débiteur est considéré comme ayant la *possessio* (*ad usucapionem*), et enfin, si le contraire était vrai, la constitution citée renfermerait réellement une modification de l'ancien droit, tandis que Justin n'avait pas en vue le droit de la possession, mais seulement la prescription de l'action hypothécaire.

(2) L. 23, pr. *de pignoribus.*

(3) Voyez pages 267, 268.

(4) Comp. L. 37, *de poss.* — Ces deux passages prouvent à l'évidence que la *possessionis locatio* (L. 28, *de poss.*) n'est pas une *locatio* qui donne au fermier la possession juridique. (Voyez, plus haut, §§ 5, 23.)

C. Le débiteur n'a au fond aucune possession, mais on lui attribue une possession fictive *ad usucapionem* (voyez Appendice, n° 86); en d'autres termes, sous le rapport de l'usucapion, on le considère comme s'il possédait réellement, quoiqu'il n'en soit rien :

L. 36, *de possessione.*

« *Qui pignoris causa fundum creditori tradit,* INTELLIGITUR « POSSIDERE. *Sed etsi eundem precario rogaverit, æque per diu-* « *tinam possessionem capiet... cum plus juris in possessione* « *habeat, qui precario rogaverit, quam* QUI OMNINO NON POS- « SIDET (1). »

L. 16, *de usurpationibus.*

« *Qui pignori dedit,* AD USUCAPIONEM TANTUM POSSIDET... »

L. 1, § 15, *de possessione.*

« ... *ad unam enim tantum causam videri eum a debitore* « *possideri* : AD USUCAPIONEM... »

D. Cette possession fictive du débiteur se base uniquement sur la nature juridique du contrat de gage. Si ce contrat n'était pas valable, il n'y aurait pas non plus de possession transférée, ce qui serait, par exemple, le cas, si le créancier se trouvait être propriétaire de la chose engagée :

L. 29, *de pign. act.* (2).

« *Si rem alienam bona fide emeris et mihi pignori dederis...*

(1) Ces mots, joints au commencement du passage et au texte suivant, donnent le résultat que voici : *debitor omnino non possidet sed ad unam causam* (*usucapionis*) *intelligitur possidere.*

(2) Comp. L. 33, § 5, *de usurp.* — C'est à cela aussi que se rapporte la L. 16, *de obl. et act.*, loi difficile sur laquelle on peut consulter ARNDTS, *Beitræge*, I (1837), p. 208 et suiv.; HUSCHKE, *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.*, 14 (1848), p. 265-266.

« *deinde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse...*
« *idcirco usucapio tua interpellabitur.* »

Chez les jurisconsultes modernes, nous trouvons sur la possession, dont le gage fait l'objet, des opinions très-divergentes. La plupart de ces opinions ne doivent pas être rappelées ici, parce qu'elles concernent les notions de *civilis* et de *naturalis possessio*. — Placentin s'efforce de prouver que le créancier ne possède aucunement le gage (1). Si l'on a erronément attribué la même opinon à Doneau, c'est un peu par sa propre faute; il ne dénie cependant la possession au créancier gagiste que là où il parle de la notion primitive de la possession, notion qui exige l'*animus domini* (2): ce n'est que plus loin qu'il parle de la transmission de la simple possession, et il n'oublie pas de nommer alors aussi le créancier gagiste (3). La faute chez lui consiste donc en ce que la distinction de la possession originaire et de la possession dérivée, ainsi que l'application de cette distinction au gage, est seulement tacitement admise et non pas formellement exprimée. — Duarein, et surtout Valentia, ont parfaitement établi le rapport entre le débiteur et le créancier gagiste (4). — Quant à Westphal (5), voici textuellement ce qu'il dit à ce sujet : « C'est une grave erreur du jurisconsulte de n'admettre une possession dans le chef du débiteur, qu'à la seule fin de l'usucapion... On voit par là combien les anciens jurisconsultes méritent souvent peu de confiance (6). »

(1) *Summa in Cod. tit. de poss., in fin.* (*p. m.*, 333).
(2) *Comm. jur. civ.* L. 5, ch. 6 (*p. m.*, 183).
(3) *Comm. jur. civ.* L. 5, ch. 13 (*p. m.*, 197).
(4) DUAREIN, *in* L. 1, § 15, *de poss.* (*opp. p. m.*, 834, 835). — VALENTIA, *in tit. jur. tract.* Lib. 1, tr. 2, c. 11.
(5) *Arten der Sachen*, etc., § 151.
(6) SCHROETER, *Linde's Zeitschr.*, vol. 2, p. 255-263, a récemment

§ 25.

POSSESSION DÉRIVÉE (CONTINUATION).

Troisième classe. Détention qui se transfère tantôt seule, tantôt accompagnée de possession. Cette classe comprend deux cas : le *depositum* et le *precarium*.

Pour le dépôt, la règle est claire : de même que dans le bail et les autres cas de ce genre, la possession ne s'y transfère ordinairement pas :

L. 3, § 20, *de possessione* (1).

« *Sed si is, qui apud me* DEPOSUIT, *vel commodavit, eam rem*
« *vendiderit mihi, vel donaverit, non videbor causam possessionis*
« *mihi mutare,* QUI NE POSSIDEBAM QUIDEM. »

L'exception ne concerne qu'une hypothèse tout à fait restreinte. Quand on revendique un objet déposé entre les mains d'un tiers, d'un séquestre, les deux parties peuvent convenir expressément que ce tiers en aura la possession, afin que cette possession interrompe toute usucapion antérieure (Voyez Appendice, n° 87.) C'est là le seul cas où le dépôt entraîne un changement de possession (2) :

essayé d'expliquer autrement la possession du créancier gagiste. SINTENIS a essayé de le réfuter. Voyez la même publication, vol. 7, p. 414-435. (Note de la 6e éd.)

(1) Comp. L. 33, § 4, *de usurp.* — L. 9, § 9, *de rebus creditis.*

(2) SCHROETER, BARTELS et SINTENIS ne partagent pas cette manière de voir. Voyez *Zeitschrift von Linde,* vol. 2, p. 266; vol. 6, p. 205; vol. 7, p. 249. (Note de la 6e éd.)

L. 39, *de possessione.*

« *Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res :*
« *nam si omittendæ possessionis causa,* ET HOC APERTE FUERIT
« APPROBATUM : *ad usucapionem possessio ejus partibus non proce-*
« *deret : at si custodiæ causa deponatur, ad usucapionem eam*
« *possessionem victori procedere* (1) *constat.* »

L. 17, § 1, *depositi.*

« *Rei depositæ proprietas apud deponentem manet, sed et pos-*
« *sessio,* NISI APUD SEQUESTREM DEPOSITA EST (2) : NAM TUM DEMUM
« SEQUESTER POSSIDET : *id enim agitur ea depositione, ut neutrius*
« *possessioni id tempus procedat.* »

Pour le *precarium,* c'est précisément l'inverse. Là aussi on transfère tantôt la possession, tantôt la simple détention; mais le premier cas forme la règle, tandis qu'il faut une convention spéciale pour le second (3). — Le motif pour lequel la translation de possession est ici la règle, c'est que cette translation ne

(1) Parce qu'alors, en l'absence d'une convention expresse stipulant le contraire, le séquestre ne fait qu'administrer la possession d'autrui.

(2) « *Deposita* (*possessio*) *est* » et non pas : « *deposita* (*res*) *est.* » Le sens n'est donc pas : « Le dépôt ne confère pas de possession, sauf le cas du séquestre, » mais bien : « Le dépôt ne confère pas de possession, sauf lorsque, dans le cas du séquestre, la possession a été expressément transférée à ce dépositaire : *deposita possessio.* » Que cette possession du séquestre n'est pas la règle, mais seulement l'exception, c'est ce que disent expressément et le premier texte cité, et celui même dont nous parlons, dans les mots suivants : « *nam* TUM DEMUM *sequester possidet.* » — Cette explication se trouve pour la première fois dans DUAREIN : *De sacris eccl. min.* III, 10 (*opp. p. m.,* 1567); seulement il explique inutilement *deposita est* par *omissa est.* La glose sur ces deux lois renverse complétement le rapport entre la règle et l'exception.

(3) DUARIN, *in* L. 10, *de poss.* (*opp. p. m.,* 869). — Les opinions de SCHROETER et BARTELS sur le *precarium* sont différentes de la nôtre : *Linde's Zeitschrift,* vol. 2, p. 263; vol. 6, p. 179. (Note de la 6e éd.)

cause aucun tort au propriétaire, *rogatus* (1) : son usucapion se continue en effet par l'*accessio possessionis* (2), et il a un interdit spécial RECUPERANDÆ *possessionis*, pour recouvrer la possession aliénée.

A. En règle générale, disons-nous, le précaire transfère la possession :

L. 4, § 1, *de precario* (3).

« *Meminisse autem nos oportet, eum qui precario habet,* ETIAM « POSSIDERE. »

B. On peut cependant convenir expressément de ne transférer qu'une simple détention :

L. 10, pr., § 1, *de possessione* (4).

« *Si quis ante conduxit, postea precario rogavit, videbitur dis-* « *cessisse a conductione... Idem Pomponius bellissime temptat* « *dicere, numquid qui conduxerit quidem prædium, precario* « *autem rogavit, non* UT POSSIDERET, SED UT IN POSSESSIONE « ESSET (5)?... *Quod si factum est, utrumque procedit.* »

Il est vrai que, dans ce dernier cas aussi, la possession sera perdue, si le *rogans* se trouve être propriétaire de la chose ; mais cette perte se base ici, comme en fait de bail, sur ce qu'il n'y a

(1) Ce point est encore plus clair dans le système, condamné d'ailleurs, d'anciens jurisconsultes qui attribuaient la possession au *rogatus* et au *rogans*. (Voy. p. 164, 165).

(2) L. 13, § 7, *de poss.* (Voyez Appendice, n° 88.)

(3) Comp. L. 22, pr. *eod.*

(4) Comp. L. 6, § 2, *de prec.*

(5) Dans le premier cas, il n'était question que de *precario rogare* purement et simplement.

plus désormais de *precarium*. Aussi en sera-t-il autrement si le propriétaire accède au *precarium* en connaissance de cause, et seulement à raison de la possession qui appartenait à autrui (1). Ce *precarium solius possessionis* ne doit pas être confondu avec le transfert de la possession juridique résultant du *precarium*, car la possession, aussi bien que la simple détention, peut s'y trouver transférée, comme par tout autre *precarium*. — Nous trouvons une application importante de ces principes à propos du contrat de gage. Si le débiteur demande la restitution du gage à titre précaire, cette demande, *rogatio*, sera valable parce qu'elle se fait évidemment en vue de la possession juridique afférant au créancier (2). Il est évident aussi que l'usucapion, qui court au profit du débiteur, continue, puisque le *precarium* ne peut qu'améliorer sa position (3), et la possession subsiste également dans le chef du créancier, si le *precarium* ne concerne que la seule détention; c'est même ce qu'on présume, à cause du but même du contrat de gage (4). (Voyez Appendice, n° 89.)

§ 26.

ACQUISITION DE LA POSSESSION PAR L'INTERMÉDIAIRE D'UN TIERS.

En fait d'acquisition de la possession, il ne nous reste plus qu'à examiner comment elle peut se faire au moyen d'un acte posé par un tiers. D'après la manière dont nous avons défini la pos-

(1) Voyez, plus haut, §§ 5 et 25.

(2) L. 6, § 4, *de prec.*

(3) L. 38, *de poss.* — L. 29, *de pign. act.* — L. 33, § 6, *de usurp.* Ces trois passages sont empruntés aux Digestes de Julien. Quant à la L. 16, *de obl. et act.*, prise dans le même ouvrage, nous en parlerons plus loin, là où il sera question du *constitutum possessorium*.

(4) L. 33, § 6, *de usurp.* (Voyez Appendice, n° 90.)

session aux pages 219 et suivantes, et abstraction faite de simples exceptions, cette question peut aussi se formuler ainsi : Comment peut-on, par l'acte d'un tiers, acquérir la conviction de pouvoir disposer physiquement d'une chose ?

Ce mode d'acquérir la possession, et surtout le cas spécial du *constitutum possessorium,* est généralement considéré comme se basant sur une appréhension fictive. Ici, comme ailleurs, cette manière de voir a les conséquences pratiques les plus importantes (1). On ne peut nier que cette forme d'acquisition ne renferme quelque chose de tout particulier ; mais on a oublié de rechercher en quoi consiste cette particularité. Trois points doivent ici fixer notre attention. Que doit faire celui par l'intermédiaire duquel on veut acquérir la possession, le représentant, en d'autres termes ? Que doit faire le nouveau possesseur lui-même ? Quel rapport enfin devra-t-il y avoir entre eux deux ?—Le premier et le deuxième point ne renferment rien qui dévie sensiblement des règles générales sur l'acquisition de la possession. Il en est autrement du troisième ; nous rencontrons là des dispositions qui ne concernent en rien les deux premiers points. Deux exemples rendront cette différence plus sensible. D'après l'opinion ordinaire (2), les actes illicites, les actes de violence, par exemple, ne peuvent faire acquérir la possession de cette manière, parce qu'une fiction juridique ne peut se prêter à seconder une action de ce genre. Mais l'appréhension ne renferme, ici pas plus qu'ailleurs, aucun élément juridique ; le rapport au contraire entre le possesseur et son représentant appartient au domaine du droit ; voilà pourquoi le vice juridique de

(1) Voyez p. 190 et suiv.
(2) DUAREIN, *in* L. 1, § 13, *de poss.* (*opp. p. m.*, 833).

ce rapport pourra empêcher l'acquisition de la possession. — Cette manière de voir incorrecte découle donc d'une confusion semblable à celle qu'avait commise Labéon (1), et nos jurisconsultes auraient bien dû faire leur profit de la rectification de Javolenus.

Le point que nous avons d'abord à examiner, c'est l'acte à poser par le représentant de celui qui veut acquérir la possession. Il est, à première vue, évident qu'il ne peut faire moins que s'il voulait acquérir la possession pour lui-même : il faut donc qu'il y ait une appréhension jointe à un *animus possidendi* et dès lors cette représentation ne pourra se faire par une personne incapable de volonté (2). Cependant l'*animus possidendi* a ici cela de particulier que c'est, non pas pour lui-même, mais pour un autre que le représentant doit vouloir acquérir la possession; sans cela, cet autre ne deviendrait pas possesseur. Si le représentant voulait acquérir lui-même la possession, ou bien la procurer à un tiers, son acte réaliserait incontestablement cette intention, à moins que des rapports spéciaux, par exemple son état de servitude, n'y fissent obstacle. Dans ce dernier cas, aucune possession ne serait acquise (3).

(1) L. 51, *de poss.*, voyez p. 201.

(2) L. 1, §§ 9, 10, *de poss.*

(3) L. 1, §§ 19, 20, *de poss.* « ... *Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente ut operam duntaxat suam* ACCOMMODARENT NOBIS : NON POSSUMUS ADQUIRERE. » Cette leçon se trouve dans dix manuscrits de Paris, dans ceux de Metz et de Louvain, et dans les éditions suivantes : *Rom.* 1476, *Nor.* 1483, *Ven.* 1485, *Lugd.* 1509, 1513, *Paris.* 1514; elle vaut évidemment mieux que la leçon florentine : «... *nobis non* POSSUNT *adquirere ;* » le représentant ne le *veut* même pas, comment la loi pourrait-elle vouloir dire qu'il ne le *peut* pas ? HALOANDER lit : « *nobis accommodarent : non possunt adquirere,* » comme si le représentant ne devenait pas lui-même possesseur, ce qui serait une erreur manifeste. (Voyez Appendice, n° 91.)

Cette règle ne fait l'objet d'aucun doute ; mais pour la tradition il y a une exception : c'est l'intention du *tradens* qui est déterminante, de telle sorte que l'acquisition de la possession dépend de cette intention, quand même le représentant, infidèle à sa mission, voudrait acquérir la possession pour lui-même ou pour un tiers (1). Il va sans dire que cela ne concerne que l'effet direct et immédiat de la tradition, et que le représentant infidèle pourra néanmoins, immédiatement après, acquérir la possession pour lui-même. Il faudra appliquer ici les règles sur la perte de la possession par le fait d'un représentant, règles dont nous parlerons au § 33.

En second lieu, il faut que celui pour lequel il s'agit d'acquérir la possession veuille réellement cette acquisition. Ainsi,

(1) C'est ce que dit très-formellement Ulpien dans la L. 13, *de donation.*, le plus clair de tous les textes relatifs à ce point. Les passages suivants semblent dire le contraire : *a*) Julien, dans la L. 37, § 6, *de adq. rer. dom.*; mais les mots *nihil agetur* doivent toujours être supposés complétés par *ex mente procuratoris*, de même que dans la L. 13 citée nous lisons : « *nihil agit* IN SUA PERSONA SED MIHI ADQUIRIT (WENCK, *de traditione*, p. 64); de sorte que *nihil agetur* signifie en réalité *id non agetur* (voyez Appendice, n° 92); *b*) Ulpien lui-même dans la L. 43, § 1, *de furtis* : mais dans tout ce passage il n'est question que d'un FALSUS *procurator*, c'est pour être plus concis que plus loin le jurisconsulte l'appelle simplement *procurator*; le prétendu mandant n'est donc en réalité pas représenté du tout, et les mots *non ejus nomine accepit* signifient : « il a reçu la chose sans en avoir la mission. » *c*) L. 59, *de adq. rer. dom.* L. 2, C. *de his qui a non dom.*; mais dans ces deux cas le *procurator* devait, aux termes du mandat, acheter la chose en son propre nom, en devenir lui-même propriétaire, puis transmettre cette propriété au *mandans*. — On a du reste essayé de différentes manières la conciliation de ces passages : voy. *Glossa in* L. 37, § 6, *de adq. rer. dom.* — DUAREN, *in* L. 1, § 20, *de poss.* (*opp. p. m.*, 838, 839). — BEYMA, *in var. Dig. tit.*, p. 330. — VALENTIA, *in ill. jur. tract.* L. 1, tr. 2, c. 13 (*p. m.*, 66) et *in epistolar. exerc.* 9 (*ib.*, p. 159). — RETES, *ap. Meerman*, t. 7, p. 475, 476 et 406.

point d'acquisition possible s'il n'en a connaissance : *ignoranti possessio non adquiritur*. — Ce principe pourrait cependant donner lieu à un malentendu, parce que l'expression employée peut signifier deux choses différentes. *Ignorantis possessio* peut signifier la possesion de celui qui ignore absolument tout ce qu'a fait un tiers à son intention, et qui, par conséquent, ne peut non plus vouloir l'acquisiton faite par ce tiers. C'est là ce que veut dire notre règle; une acquisition de possession dans ces conditions est impossible. Il y a cependant trois exceptions, trois cas dans lesquels la possession en général et l'usucapion ne sont pas empêchées par cette ignorance : ce sont l'acquisition au moyen d'un pécule, l'acquisition par un tuteur et celle que l'on fait au profit de corporations (1). On peut aussi désigner par le mot *ignorans* celui qui, voulant acquérir la possession, a chargé un autre de faire cette acquisition, mais n'a pas encore reçu avis de l'accomplissement de son mandat, c'est-à-dire du fait même de la prise de possession. Notre règle ne concerne pas cette ignorance, qui n'empêche pas la possession, mais seulement l'usucapion. Celui qui a donné un tel mandat commence donc à posséder dès que le mandat est exécuté; mais l'usucapion ne commence à courir pour lui que lorsqu'il reçoit avis de cette exécution. — La preuve de tout ceci ne pourra être fournie qu'en traitant du troisième point.

En troisième lieu, il doit exister un lien juridique entre le représentant et la personne représentée, pour que celle-ci puisse

(1) La règle se trouve dans Paul, *rec. sent.*, lib. 5, tit. 2, § 1 : « *Possessionem adquirimus et animo, et corpore :* ANIMO UTIQUE NOSTRO : CORPORE, VEL NOSTRO VEL ALIENO. » Comp. L. 3, § 12, *de poss.* Les exceptions se présenteront plus loin dans ce paragraphe. — Quant à l'exception en matière de pécule, Paul la met fort bien en rapport avec la règle à la L. 1, § 5, L. 3, § 12, *de poss.*

acquérir une possession. En règle générale, il faut, avant l'acte d'acquisition, un ordre, s'il existe un lien d'autorité (entre le père, par exemple, et ses enfants, entre le maître et ses esclaves), un mandat, s'il s'agit d'un lien librement contracté.

A. Le représentant est une personne soumise à la puissance du possesseur (1). — L'acquisition de la possession ne présente ici rien d'exceptionnel, puisque tous les droits quelconques peuvent être acquis par un esclave ou par les enfants en puissance paternelle.

Le propriétaire, le possesseur de bonne foi et l'usufruitier d'un esclave peuvent acquérir la possession par son intermédiaire. — Le propriétaire doit pour cela être en même temps possesseur de l'esclave ; si celui-ci était possédé par autrui, ou n'était possédé par personne, son propriétaire, comme tel, ne pourrait acquérir par son intermédiaire, de sorte que souvent il n'y aura dans ce cas ni propriété, ni même possession acquise (2). Il s'ensuit que le propriétaire ne pourra non plus acquérir de possession par un esclave qu'il aurait donné en gage (3). — Le possesseur de bonne foi de l'esclave n'acquiert par son intermé-

(1) CUPERUS traite fort bien ce premier cas : *de nat. poss.*, p. 52, 100-106.

(2) L. 21, pr. L. 54, § 4, *de adq. rer. dom.* — L. 1, § 6, *de poss.* Quant à l'esclave fugitif, la *possessio servi* et l'*adquisitio per servum* continuent aussi longtemps que personne n'en a pris possession, ou qu'il ne se considère pas lui-même comme un homme libre. L. 1, § 14, L. 30, § 1, *de poss.* ; ce sont les deux exceptions qu'indiquent les mots « *quem non possidet* » de la L. 54, § 4, *de adq. rer. dom.* ; et la « *possessio* » de la L. 15, *de public. in rem act.*, désigne évidemment la simple détention naturelle. — La *libertatis possessio* exclut la *servi possessio* ; mais il n'en est pas ainsi du *liberale judicium* par lui-même : ici l'*acquisitio per servum* et la *servi possessio* elle-même sont en suspens. L. 3, § 10, *de poss.* — L. 25, § 2, *de lib. causa.*

(3) L. 1, § 15, *de poss.*

diaire la possession, comme toute autre chose en général, que pour autant que cette acquisition découle soit du travail de l'esclave, soit du patrimoine même du possesseur (1). Or, celui-là seulement est possesseur de bonne foi qui se croit propriétaire; dès lors le créancier gagiste ne saurait rien acquérir par l'intermédiaire de l'esclave mis en gage (2), quoique cependant il le possède légitimement, et qu'ainsi à un autre point de vue la bonne foi ne puisse lui être contestée. — L'usufruitier acquiert par l'esclave aux mêmes conditions que le possesseur de bonne foi (3). Nous retrouvons donc ici encore une fois ce même rapport entre la propriété et le *jus in re*, d'après lequel, en thèse générale, le propriétaire acquiert par son esclave parce qu'il en a la possession juridique (4); dans ces deux cas spéciaux cependant, ce n'est pas le propriétaire, c'est l'usufruitier qui acquiert la possession, comme tout autre objet quelconque, par l'intermédiaire de l'esclave.

De même que le maître acquiert par ses esclaves, de même aussi le père acquiert par ses enfants tous les droits en général, par conséquent aussi la possession. Seulement ce mode d'acquérir se base uniquement sur la puissance paternelle, et non pas, comme pour l'esclave, sur ce que le père aurait la possession de ses enfants, car une telle possession ne saurait se concevoir. Il ne peut non plus y avoir ici d'usufruit, ni de situation analogue

(1) Gaius, lib. 2, § 94. L. 1, § 6, *de poss.* — L. 21, pr. *de adq. rer. dom.*

(2) L. 1, § 15, *de poss.*

(3) L. 1, § 8. L. 49, pr. *de poss.* — (Note de la 4e éd.) Toutefois, cette manière d'acquérir était contestée, parce que l'usufruitier ne possède pas l'esclave. GAIUS, lib. 2, § 94, ne se prononce pas sur la question. Les textes des Pandectes que nous citons ont évidemment cette controverse en vue.

(4) Voyez page 269.

à la possession de bonne foi ; ainsi celui qui croirait à tort avoir un fils en sa puissance ne pourrait aucunement acquérir par son intermédiaire (1),

Pour ces deux cas, où le lien résulte d'une puissance légale, il se présente une règle toute spéciale lorsque l'acquisition de la possession résulte d'un pécule. Ici la possession est acquise alors même que le maître ou le père n'en auraient aucune connaissance (2), et même l'usucapion commence simultanément avec cette possession (3). Comme on ne tient aucun compte de la volonté du possesseur, pourvu, bien entendu, qu'il existe réellement un pécule, la possession pourra de cette manière être acquise au profit de personnes incapables de toute volonté quelconque (4), et même au profit d'un captif (5), quoique non-seulement l'*animus possidendi*, mais même la personnalité, lui fasse défaut.

Dans le droit ancien, nous trouvons, indépendamment de la puissance du maître et du père, deux autres espèces d'autorités, la *manus* et le *mancipium*. On discutait sur le point de savoir si

(1) L. 50, pr. *de poss.*

(2) L. 1, § 5, *de poss.* — L. 4, *de poss.* — L. 44, § 1, L. 24, L. 3, § 12, *de poss.*

(3) L. 1, § 5, *de poss.* — L. 31, § 3, L. 47, *de usurp.*

(4) Telles que les enfants, les insensés, les successions. — L. 1, § 5, *de poss.* — L. 29, *de captivis.* — L. 16, *de obl. et act.*

(5) La question était controversée chez les jurisconsultes anciens; dans les Pandectes, la règle est positivement admise, sans distinguer si la possession a commencé avant la captivité ou pendant sa durée. Elle concerne donc en même temps l'acquisition et la perte de la possession. — Or, de deux choses l'une : le captif meurt comme tel, ou bien il recouvre la liberté ; dans le premier cas, on applique la *lex Cornelia*, dans le second, les principes du *postliminium*.— L. 29, L. 22, § 3, *de captivis.* — L. 23, § 3, *ex quib. causis maj.* — L. 44, § 7, *de usurp.* — L. 12, § 2, *de captiv.* L. 15, pr. *de usurp.*

par leur moyen aussi la possession pouvait s'acquérir, parce que ces autorités n'impliquaient pas une *possessio* de la personne dépendante (1). Il est étonnant que ce doute ne soit soulevé qu'à propos de ces deux cas et de l'esclave, objet d'un droit d'usufruit, car les raisons de douter étaient les mêmes pour le fils en puissance paternelle.

B. Il se peut aussi que le lien entre le représentant et le possesseur résulte librement d'une convention. — Il est en effet de principe qu'en dehors de ces deux liens d'autorité, dont nous venons de parler, aucun droit ne peut s'acquérir par les actes d'un tiers; mais cette règle, du moins déjà à l'époque des jurisconsultes classiques, ne concerne que les acquisitions de droit civil et non celles de droit naturel, parmi lesquelles il faut ranger l'acquisition de la possession. La possession peut donc être acquise par un représentant sans que celui-ci doive être juridiquement assujetti au possesseur, et il en est de même de la propriété lorsqu'elle s'acquiert par le moyen de la possession, c'est-à-dire par tradition ou par occupation (2).

Quel doit maintenant être ce lien entre deux personnes indépendantes l'une de l'autre? Ce doit être la mission d'acquérir la possession; il est impossible d'exprimer la règle d'une manière plus précise, car cette mission n'a nullement besoin de réunir les conditions voulues pour constituer un acte juridique, ou pour être considérée comme obligatoire en droit civil. Ainsi un esclave pourrait s'en charger, s'il n'était possédé par personne

(1) GAIUS, lib. 2, § 90. Ce que je dis de ces deux espèces d'autorités a été ajouté à la 4e édition.

(2) L. 1, C. *per quas pers.* — § 5, I. *eod.* — Paul, V, 2, § 2. — L. 53, *de adq. rer. dom.* — L. 20, § 2, *eod.* — L. 8, C. *de poss.*

comme esclave (1), car dans ce dernier cas il ne serait maître d'aucune de ses actions, et ne pourrait donc pas procurer à un autre la libre disposition d'une chose. Ainsi encore le pupille peut acquérir de cette manière pour un tiers (2), quoiqu'il ne soit pas capable de contracter civilement. Toutefois, les motifs de nullité d'un acte juridique qui excluraient la volonté même du représentant, tels que l'erreur sur quelque point essentiel, rendraient évidemment aussi impossible l'acquisition de la possession (3). —Par contre, un lien obligatoire civil ne suffit pas à lui seul pour cette acquisition, s'il n'en renferme pas bien clairement la mission. Ainsi le bailleur a la possession juridique de la chose louée; s'il vient à mourir, le *jus obligationis* résultant du bail passe à son héritier par la seule adition d'hérédité ; mais il en est autrement de la possession. Pour que celle-ci soit acquise, il faut poser un acte quelconque par lequel le fermier devienne, relativement à cette possession, représentant de son nouveau bailleur (4).

(1) L. 31, § 2, *de usurp.* — L. 34, § 2, *de poss.* — Il est certain aussi que le propriétaire, dont l'esclave jouit en fait de l'état de liberté, pourra de cette manière acquérir une possession par l'intermédiaire de cet esclave (voy. p. 292); il est même logique d'admettre que le possesseur de bonne foi d'un esclave puisse acquérir la possession par son intermédiaire, alors même que l'acquisition ne se ferait pas *ex operis servi* ou *e re possessoris*, puisque la possibilité de cette acquisition ne présenterait aucun doute, si l'esclave n'avait pas de possesseur du tout : enfin les dispositions d'après lesquelles le possesseur de mauvaise foi et le créancier gagiste ne peuvent acquérir par l'intermédiaire de l'esclave qu'ils possèdent, semblent être tout à fait exceptionnelles : L. 1, §§ 6, 15, *de poss.*

(2) L. 32, pr. *de poss.* — Ce que cette loi dit de la continuation de la possession, par opposition à une *obligatio*, doit évidemment se dire aussi du commencement de la possession.

(3) Par exemple, si le preneur ou le créancier gagiste étaient en même temps propriétaires de la chose. (Voyez pages 267, 282.)

(4) L. 30, § 5, *de poss.* « *Quod per colonum possideo, heres meus*, NISI

Il est probable que cette acquisition de la possession, par le moyen d'une personne indépendante du possesseur, aura été d'assez bonne heure introduite dans la pratique judiciaire :

1. L. 51, *de possessione.*

« ... AIT LABEO,... *si acervum lignorum emero, et eum ven-*
« *ditor me tollere jusserit :* SIMUL ATQUE CUSTODIAM POSUISSEM,
« TRADITUS MIHI VIDETUR... (1). »

2. L. 41, *de usurpationibus.* (*Neratius Lib.* 7, *membr.*)

« ... *Quamvis per procuratorem possessionem apisci nos, jam*
« *fere conveniat...* »

3. L. 13, pr. *de adquir. rer. dom,* (*Neratius Lib.* 6 *reg.*)

« *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit*
« *tradita meo nomine : dominium mihi, id est proprietas adqui-*
« *ritur, etiam ignoranti.* »

4. L. 1, C. *de possessione.* (*Impp. Sever. et Antonin.*)

« *Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessio-*
« *nem, et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditio-*
« *nem inchoari posse,* TAM RATIONE UTILITATIS, QUAM JURIS
« PRIDEM (2) RECEPTUM EST. »

Ces textes prouvent qu'à la date du rescrit cité en dernier lieu,

IPSE NACTUS POSSESSIONEM, *non poterit possidere.* » MERENDA, *in jur. contr.* L. 2, C. 32. – Cicéron semble dire le contraire dans son discours *pro Cæcina*, C. 32. Mais les mots qu'il croit devoir ajouter : « *Deinde ipse Cæcina,* etc., » prouvent que lui-même ne considérait pas du tout ce point comme certain.

(1) Ce passage a été expliqué plus haut (p. 201 et suiv.); il ne s'agit ici que du résultat auquel mène l'opinion de Labéon. Du reste, le mot *custodia* pourrait bien aussi vouloir désigner un esclave ; mais JAVOLENUS, qui dans le passage suivant a évidemment en vue la même espèce, se sert du mot *mandato.*

(2) *Glossa in h.* L. « *alias :* PRIDEM, *et alias :* PRUDENTIA. » La première

la règle était depuis longtemps admise (*pridem*), qu'elle l'était déjà du temps de Neratius et même de Labéon. Malgré cela, on a voulu la considérer comme introduite seulement par cette loi du Code. Ce sont probablement Ulpien et les Institutes qui auront donné lieu à cette erreur (1); mais il n'y a rien d'extraordinaire à ce qu'Ulpien cite un rescrit de l'empereur régnant, quand même le principe consacré par ce rescrit aurait été depuis longtemps tacitement admis en pratique; et quant au passage des Institutes auquel cette proposition d'Ulpien a sans doute donné lieu, il ne dit pas non plus que Sévère avait introduit ici un principe nouveau, mais seulement que ce principe se trouve écrit dans une de ses constitutions (2).

C'est maintenant seulement que nous pourrons donner à cette

leçon est préférable. Les mots *ratione juris* s'opposent bien mieux à *ratione utilitatis* que les mots *juris prudentia*. Or, la *ratio juris* se trouve dans la L. 53, *de adq. rer. dom.* « *quod* NATURALITER *adquiritur sicuti est possessio*, etc. » De plus, on conçoit fort bien que le mot si usuel de *jurisprudentia* se soit glissé dans le texte par une erreur de copiste, résultant d'une abréviation, — tandis que cette supposition est bien moins naturelle pour le mot *pridem*. *Pridem* se trouve aussi dans le manuscrit de Gœttingue, où l'on voit, il est vrai, la trace d'une correction, quoiqu'on ne puisse plus lire ce qui s'y trouvait auparavant. *Pridem* se trouve de plus dans sept manuscrits de Paris, dans le mien, dans un manuscrit très-ancien de Fulda, dans le n° 22 de Munich, le n° 16 de Vienne, et dans un vieux manuscrit de la bibliothèque de Bamberg (D. I. 2).

(1) L. 11, § 6, *de pign. act.* « ... *Constitutum est* AB IMPERATORE NOSTRO, *posse per liberam personam possessionem adquiri.* » — § 5, I. *per quas pers.* : « ... *per liberam personam, veluti per procuratorem placet non solum scientibus, sed et ignorantibus nobis adquiri possessionem,* SECUNDUM DIVI SEVERI CONSTITUTIONEM. »

(2) (Note de la 4e éd.) Si nous possédions intégralement le § 95 du deuxième livre de Gaius, il est probable que le doute disparaîtrait complétement; mais dans sa forme actuelle il ne saurait nous être d'aucune utilité sous ce rapport.

règle quelques développements que nous n'avons pu qu'indiquer d'abord.—Lorsque le rapport de représentation existe réellement, la possession s'acquiert immédiatement au moyen de l'appréhension par le représentant, alors même que le possesseur n'en aurait pas encore reçu avis, et dans ce sens on peut dire : *ignoranti adquiritur possessio.* L'usucapion cependant ne commence que lorsque le possesseur apprend la prise de possession (1). Quelques-uns ont prétendu que cette disposition au moins était une innovation que Sévère aurait ajoutée à la règle admise déjà antérieurement; mais cette opinion est presque plus insoutenable encore que celle qui attribue la règle entière à ce prince. —La *ignorantis possessio* ne peut absolument se prendre que dans le sens que nous venons d'indiquer. Il faut donc certes que le possesseur sache et veuille que l'acquisition de possession se fasse pour lui, et dans la plupart des cas de représentation, il n'en pourra même être autrement. D'après cela un *negotiorum gestor* pourra aussi faire acquérir la possession, mais seulement à partir de la *ratihabitio* (2), et il doit en être de même d'un mandataire général, *procurator universorum bonorum,* parce que son mandat général ne mentionne pas non plus spécialement cette acquisition :

1. Paul, *in recept. sent. Lib.* 5, tit. 2, § 2.

« *Per liberas personas, quæ in potestate nostra non sunt,*

(1) L. 1, C. *de poss.* (p. 297). — § 5, I. *per quas personas* (p. 298).' — L. 49, § 2, *de poss.* — L. 47, *de usurp.* — L'exception dont parle la L. 41, *de usurp.* ne concerne pas cette règle, mais plutôt celle de la *Lex Atinia* (L. 5, § 6, *de usurp.*)

(2) L. 24, *de negot. gestis :* L'effet rétroactif, qui peut s'appliquer à des actes juridiques proprement dits, ne saurait s'imaginer en matière de possession.

« *adquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem adquiri nobis* « POSSESSIONEM *posse, utilitatis causa receptum est* (1). *Absente* « *autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quæri-* « *tur* (2). »

2. L. 42, § 1, *de possessione.*

« *Procurator, si quidem* MANDANTE DOMINO REM EMERIT (3), *pro-* « *tinus illi adquirit possessionem : quod si* SUA SPONTE EMERIT, « *non : nisi ratam habuerit dominus emptionem.* »

Malgré ces textes si clairs, quelques jurisconsultes ont pensé que la *ignorantis possessio* pourrait avoir lieu même par le moyen d'un tel mandataire (voyez Appendice, n° 93), et puisqu'on voulait absolument attribuer une innovation à l'empereur Sévère, on a considéré ce prétendu changement apporté au droit ancien comme étant l'objet de sa constitution, et cependant ce principe n'est vrai ni pour le droit ancien, ni pour le droit nouveau.

Il y a toutefois ici aussi deux exceptions à la règle qui exige notre volonté pour que nous puissions acquérir la possession par une personne qui ne se trouve pas dans notre dépendance :

1. Les personnes civiles, quoiqu'elles soient incapables d'une

(1) Ce qui veut dire que pour la possession on a admis une exception à la règle.

(2) Le terme *procurator* prêtait à l'équivoque; voilà pourquoi Paul rappelle expressément qu'il ne s'agit que d'un représentant par rapport à cette possession déterminée, et non pas d'un *procurator bonorum* que l'on aurait constitué pour tout le temps de l'absence, et qui pendant ce temps voudrait acquérir la possession d'une chose au profit de son mandant.

(3) C'est-à-dire « s'il avait mission d'acquérir cette possession; » ordinairement un tel mandat concerne en même temps le contrat, l'acquisition de la possession et celle de la propriété. — L'opposition est donc la même que dans le passage précédent.

volonté proprement dite, peuvent acquérir la possession par l'intermédiaire d'une personne libre. Pour les municipes, la règle est écrite formellement dans la loi (1), et comme ailleurs les autres corporations sont assimilées aux municipes sous le rapport de l'acquisition de la possession (2), il en résulte que cette règle leur est également applicable.

2. Les personnes en tutelle ne sont pas capables de volonté dans le sens juridique; cependant elles peuvent acquérir la possession par leurs tuteurs et curateurs, c'est-à-dire par des représentants qui ne leur sont pas assujettis (3).

L'acquisition par le tuteur au nom du pupille nous a déjà servi à expliquer deux textes qui se contentent, pour cette acquisition, de la seule *auctoritas tutoris* (4). Plusieurs auteurs ont méconnu le sens de ces textes au point de vouloir y trouver l'impossibilité de l'*adquisitio* PER TUTOREM (5), acquisition que ces textes et d'autres encore ne permettent cependant pas de révoquer en doute (6).

(Addition de la 6e édition.) Il va, du reste, sans dire que cette faculté de représenter une personne, en vue d'acquérir la possession, peut se transmettre par plusieurs intermédiaires. Ainsi A charge B de l'acquérir pour lui; il est dès lors indiffé-

(1) L. 1, § 22, L. 2, *de poss.* (Voyez Appendice, n° 94.)

(2) L. 7, § 3, *ad exhibendum.*

(3) L. 13, § 1, *de adq. rer. dom.* — L. 1, § 20, *de poss.* — L. 11, § 6, *de pign. act.* — La L. 26, C. *de don.* n'est évidemment qu'un complément de cette règle; il y est dit que le pupille dont le tuteur est empêché d'agir pourra acquérir la possession par un esclave. — L. 2, C. Th. *de don.*

(4) Voyez page 233-241.

(5) Surtout les mots par lesquels se termine la L. 3, C. *de poss.* Voyez page 239.

(6) Voyez la note 3 ci-dessus.

rent que B exécute lui-même cette mission, ou qu'il la fasse exécuter par C. Dans les deux cas, c'est A qui acquiert la possession.

§ 27.

CONSTITUTUM POSSESSORIUM.

La règle en vertu de laquelle on peut acquérir la possession par l'intermédiaire d'une personne juridiquement indépendante, présente encore un cas d'application que nous devons expliquer et qui a embarrassé nos jurisconsultes bien plus que la règle elle-même. Celui qui peut acquérir la possession pour un autre ne sera évidemment pas moins habile à le faire s'il a été lui-même jusque-là possesseur juridique de l'objet. Il est clair aussi que ce cas n'exige pas une modification de la règle en question, mais seulement un mode d'application un peu différent. L'appréhension matérielle, en effet, ayant déjà eu lieu, ne doit plus être répétée; l'acte entier peut donc être considéré comme l'inverse d'une *brevi manu traditio*. Dans cette dernière, celui qui jusqu'alors n'avait que la détention, devient possesseur par le seul *animus possidendi* sans poser d'acte spécial (1); ici, au contraire, c'est la possession qu'un acte de volonté transforme en une simple détention, tandis que la possession elle-même se trouve transférée immédiatement à une autre personne. C'est là le seul côté de la question qui doive nous occuper. — Nos jurisconsultes nomment cette manière de transférer la possession : *constitutum possessorium*. Ce terme ne se trouve pas dans le droit romain, mais bien la chose qu'il désigne, et quand elle n'y serait

(1) Voyez pages 225, 226.

pas expressément nommée, elle n'en serait pas moins incontestable.

Le texte suivant énonce la proposition d'une manière tout à fait générale, et comme une simple application de principes déjà connus :

L. 18, pr. *de poss.*

« *Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere :*
« *nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere,*
« *et alium possessorem ministerio meo facio : nec idem est, pos-*
« *sidere, et alieno nomine possidere. Nam possidet, cujus nomine*
« *possidetur. Procurator alienæ possessioni præstat ministe-*
« *rium.* »

La possession s'acquiert donc ici par simple convention sans aucun acte extérieur posé sur la chose elle-même, et cependant dans un texte très-connu nous voyons la simple convention mise en opposition avec la tradition, et celle-ci, à la différence de la première, déclarée apte à transmettre la propriété (1). — Ceci nous oblige à préciser davantage la nature du *constitutum*. La convention qui a pour objet le transfert de la propriété, par exemple la vente, est fort différente du *constitutum*. Dans celui-ci on convient que le possesseur actuel gérera à l'avenir la possession pour autrui, disposition que n'implique nullement le simple contrat de vente, et qui, pour être admise, doit être formellement exprimée, ou résulter du moins bien clairement des autres clauses du contrat. S'il y est dit expressément que le possesseur actuel ne sera plus à l'avenir que le gérant de la possession

(1) L. 20, C. *de pactis* : TRADITIONIBUS *et usucapionibus dominia rerum,* NON NUDIS PACTIS *transferuntur.*

d'autrui, la question ne présente aucun doute ; mais ce cas est rare. Hors de là, il n'y a pas de *constitutum*, à moins qu'il ne doive être considéré comme la conséquence d'autres actes (1).

Premièrement : Le *constitutum* est exceptionnel ; il ne se présume pas. — Nous avons déjà vu une application de ce principe. Celui qui achète des tonneaux de vin et y applique son cachet n'en est pas devenu par là possesseur et propriétaire (2). Il est clair qu'il n'en a pas même la détention naturelle tant qu'ils sont dans une cave du vendeur ; mais il est tout aussi certain que le vendeur pourrait, par un simple *constitutum*, lui transférer la possession, et c'est seulement parce que le *constitutum* ne se présume pas que le passage en question nie purement et simplement le transfert de possession. — Le texte suivant renferme une autre application de notre principe :

L. 48, *de poss.*

« *Prædia cum servis donavit, eorumque se tradidisse possessionem litteris declaravit : si vel unus ex servis, qui simul cum prædiis donatus est, ad eum, qui donum accepit, pervenit, mox in prædia remissus est : per servum prædiorum possessionem quæsitam ceterorumque servorum constabit.* » — Le donateur avait dit dans une lettre qu'il « entendait remettre par les présentes le domaine et les esclaves au donataire. » Comment

(1) Mais quand les conditions d'un *constitutum* sont constantes, il importe peu que le possesseur antérieur détienne lui-même la chose, ou qu'un autre la détienne pour lui. Ainsi le possesseur d'une maison donnée en location peut m'en transférer la possession par le *constitutum* tout aussi bien que s'il l'habitait lui-même ; puisque d'après ce que nous avons dit au § 26 le lien représentatif peut se continuer par plusieurs intermédiaires. Voyez § 33. (Note de la 6e éd.)

(2) L. 1, § 2, *de peric. et comm. rei vend.* (p. 208).

faut-il interpréter cette déclaration? — Cela veut-il dire que lui, donateur, se considère à l'avenir comme *procurator alienæ possessionis?* — Non, car le *constitutum* ne se présume pas : il est donc seulement permis au donataire de prendre lui-même possession à chaque instant, *missio in possessionem*, et cet acte reçoit la valeur d'une tradition, grâce à la volonté même du donateur; mais ce n'est qu'à dater de cet acte que commencera la nouvelle possession.

Deuxièmement : Le *constitutum* doit cependant être admis lorsqu'il résulte comme conséquence nécessaire d'un autre acte ou fait quelconque. — Les cas d'application suivants vont nous démontrer et expliquer cette proposition :

A. Celuï qui donne une chose, et en devient en même temps locataire, ne dispose pas expressément de la possession; il veut toutefois qu'un contrat de bail existe dès lors entre lui et le donataire. Il en résulte comme conséquence nécessaire que celui-ci devra être possesseur de la chose, et que le donateur ne fera plus que gérer la possession d'autrui. La possession a donc réellement été transférée par *constitutum* (1).

B. Il en est de même de l'usufruit. Celui qui donne ou vend une chose, tout en s'en réservant l'usufruit, a réellement transféré par *constitutum* la possession et la propriété de la chose, et ne fait plus désormais que gérer, comme tout usufruitier, la possession d'autrui (2).

(1) L. 77, *de rei vind.*

(2) L. 28. L. 35, § 5, C. *de donat.* Une exception à ce principe, que certes aucun jurisconsulte romain ne révoquait en doute, avait été introduite par Théodose II lorsqu'il s'agissait de donation, matière plus ou moins exceptionnelle sous plusieurs rapports. Ce prince révoqua cependant lui-même cette exception deux années après. L. 8, 9, C. Th., *de donat.*— Un cas de ce genre s'est présenté dans une partie de la succession de

C. Lorsqu'une chose qui fait l'objet d'un contrat de gage est laissée *precario* aux mains du débiteur, la possession en est également acquise au créancier par simple *constitutum* (1). Tout cela ressemble beaucoup au *pactum hypothecæ :* il faudra, dans chaque cas spécial, rechercher quelle a été l'intention des parties, et lorsqu'il sera constant qu'il y a, non pas un *pactum hypothecæ*, mais un contrat de gage combiné avec un *precarium,* il en résultera comme conséquence immédiate, et sans qu'il en faille encore d'autre preuve, que la possession a été transférée par *constitutum.*

D. Dans une société universelle de tous les biens, on considère la tradition des divers objets comme parfaite dès la conclusion du contrat (2), ce qui ne peut encore une fois s'expliquer que par un *constitutum.* En voici probablement le motif. Le grand nombre des objets rend ici une tradition véritable fort difficile et, par suite, peu usuelle; il faut donc de préférence présumer l'acte qui seul puisse remplacer cette tradition, et cet acte c'est le *constitutum.*

Nos jurisconsultes ont de tous temps été fort éloignés de cette manière de voir du droit romain, manière de voir si simple

Hanau. CRAMER (*opusc.*, t. 1, p. 641) exposait avec une méthode toute mathématique les erreurs ordinaires des praticiens en cette matière; mais la réponse que l'on y fit à Darmstadt est un des meilleurs écrits qui aient paru sur la possession : KORTHOLT, *de possessione ea lege, ne contra trad., dum vivit, exerc., tradita.* Giessen, 1738. — Sur l'application de cette règle pendant le moyen âge, voy. SAVIGNY, *Gesch. des rœm. Recht in Mittelalter,* vol. 2, p. 153.

(Add. de la 7e éd.) Voyez, pour la *donatio usufructuaria* en général, MEYERFELD dans son ouvrage sur les donations, I, p. 95 et suiv.

(1) L. 15, § 2, *qui satisdare cog. :* « *Creditor qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat, aut sibi traditam,* AUT PRECARIO DEBITORI CONCESSAM. »

(2) L. 1, § 1, L. 2, *pro socio.*

qu'on n'avait pas même cru devoir donner un nom spécial à cette forme d'acquisition. Le *constitutum* leur a toujours paru quelque chose de fort extraordinaire, une fiction des plus singulières en fait d'acquisition de possession ; c'est pourquoi beaucoup d'entre eux en sont venus à considérer la généralisation des principes du *constitutum* comme une invention des praticiens. En théorie, le *constitutum* ne se présenterait ainsi, selon eux, qu'à l'état d'exception toute singulière, qu'il ne faudrait admettre que dans les cas dont les jurisconsultes romains se sont accidentellement servis pour faire comprendre l'application de leur règle (1).

(1) AZON déjà (*Summa in Cod. tit. de poss.*, nos 7, 8) dit à propos du *constitutum* en cas d'usufruit : « *et est hoc unum mirabile mundi.* » — L'écrit le plus sérieux est celui de G. MASCOV (*de const. poss.* · *Harderov.* 1733; également dans *opusc. ed. Püttmann*, p. 101), mais Mascov part aussi des idées généralement reçues; déterminé surtout par les particularités que présente ici la donation, il renverse complétement le rapport de la règle à l'exception. Quelques-uns ont purement et simplement nié le *constitutum*, tout en admettant le fait dans les exemples cités et en cherchant à les expliquer différemment : GIPHANIUS, *in* L. 10, *de donat.* (*lectur. Altorph.*, p. 120, 121). SCHORCH, *de const. poss. in leg. Rom. non fundato*, Erfurt. 1732. — Quant à TIRAQUELLUS, *de jure const. poss.* (*opp.*, t. 4, p. 133, éd. Francfort, 1574), il ne saurait présenter aucune utilité.

(Add. de la 7e éd.) La tradition d'une partie indivise se fait sans doute ordinairement par une déclaration de volonté, parce qu'elle renferme aussi un *constitutum possessorium*. Tel est, par exemple, le cas de transfert d'une part de navire au moyen du contrat et de la remise des papiers. Ce mode de tradition est même ici tout particulièrement nécessaire, à cause de la difficulté d'une tradition corporelle à de grandes distances. La même chose se présente dans le cas de vente d'un navire entier ou de marchandises qui se trouvent à distance.

§ 28.

RÉSULTATS ACQUIS DANS CETTE SECTION.

La manière d'acquérir la possession est maintenant complétement exposée. De l'étude que nous en avons faite, il résulte que cette acquisition se distingue de celle de tous les autres droits. En effet, tous les motifs purement juridiques, qui ailleurs ont pour effet de produire ou d'empêcher l'acquisition d'un droit, n'ont pas cet effet lorsqu'il s'agit de possession.

D'abord, l'acte purement juridique qui ne renfermerait pas une appréhension matérielle ne saurait donner la possession. — Ainsi l'adition de l'hérédité fait acquérir à l'héritier tous les droits du défunt en général, pourvu qu'ils fassent partie du patrimoine et ne soient pas purement personnels; mais elle ne lui donne pas la possession des divers objets compris dans l'hérédité, parce qu'elle ne renferme pas une appréhension de ces objets (1). Il n'y avait pas même d'exception pour le *suus heres* (2). Plusieurs législations modernes en ont, contrairement aux principes, décidé autrement pour tous les héritiers en général (3), ce qui se rattache peut-être à un texte romain mal

(1) L. 23, pr. *de poss.* « *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt : possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet.* » — L. 1, § 15, *si is qui test. tib.* « *... nec heredis est possessio, antequam possideat : quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis; non autem fuit possessio hereditatis.* »

(2) GIPHANIUS, *lect. Altorph.*, p. 480. Ce point est du reste fort controversé. (Voyez Appendice, n° 95.)

(3) Tel est le sens de la règle française : « *le mort saisit le vif.* » (TIRAQUELLUS, *in tract.* le mort, etc., *opp.*, t. 4.) Il en est de même pour les

compris (1). Il en est de la mancipation comme de l'adition d'hérédité ; elle pouvait sans doute se faire de manière à transférer aussi la possession, et pour les choses mobilières il devait en être ainsi ; mais pour les immeubles il en était autrement, c'est pourquoi la propriété s'en acquérait indépendamment de toute possession, puisqu'il n'y avait pas d'appréhension physique de la chose, et qu'un *constitutum* qui l'eût remplacée ne doit jamais se présumer (2).

En second lieu, lorsque les conditions d'acquisition de la possession se trouvent réunies, des motifs juridiques de nullité ne sauraient l'empêcher de se produire. — En général, ce principe n'a jamais été révoqué en doute, mais on a voulu le restreindre par des exceptions dans les cas où l'on prétendait trouver une appréhension fictive (3). Or, ces exceptions ne sont pas fondées, parce qu'il n'y a pas d'appréhension fictive.

D'après ce principe, la possession peut donc s'acquérir même par un acte illicite, notamment par un acte de violence matérielle, et nous en trouvons un si grand nombre d'applications, que le passage suivant ne pourra certes pas nous en faire douter (4) :

majorats en Espagne. *Leges Tauri, num.* 45. (GOMEZ, *in leges Tauri*, p. 232, *ed. Lugd.* 1744, f°). — Comp. C. A. BRAUN, *de poss. ipso jure in heredem transeunte.* Erlangen, 1744.

(1) L. 30, pr. *ex quib. causis maj.* «... *possessio defuncti quasi juncta, descendit ad heredem.* » CUJAS, *in* L. 23, pr. *de poss.* (*opp.*, t. 8, p. 287). — Ce passage ne concerne que la fiction de possession en matière d'usucapion.

(2) ULPIEN, *in fragm.*, tit. 19, § 6 : « *Res mobiles* NON NISI PRÆSENTES *mancipari possunt... immobiles autem etiam plures simul et* QUÆ DIVERSIS LOCIS SUNT, *mancipari possunt.* (Voyez Appendice, n° 96.)

(3) Voyez page 190.

(4) L. 22, *de poss.* (*Javolenus lib.* 13, *ex Cassio*). — CUPERUS (p. 2, c. 23) établit un rapport tout à fait forcé entre ce passage et l'interdit *quod lega-*

« *Non* VIDETUR POSSESSIONEM ADEPTUS *is, qui ita nactus est, ut* « *eam retinere non possit.* »

Les mots *non videtur* ne peuvent évidemment se prendre que dans un sens tout spécial, car dire qu'on ne peut continuer de tenir une chose, c'est au moins reconnaître qu'on la tient actuellement. Or, ce sens spécial est facile à déterminer (1). Une *res furtiva* ou *vi possessa* ne peut être usucapée, et cette impossibilité ne disparaît que lorsque le propriétaire en a recouvré la possession. Mais il faut aussi que cette possession soit telle qu'elle puisse durer, c'est-à-dire qu'elle ne puisse être attaquée à raison de la manière dont elle a été obtenue (2). Or, si l'immeuble occupé par violence est repris violemment aussi par le propriétaire, ou bien si le propriétaire d'une chose volée en recouvre la possession par un *precarium* valable en lui-même (3), l'impossibilité de l'usucapion n'aura nullement disparu, parce que, dans les deux cas, la possession qu'aura le propriétaire pourra être attaquée par des interdits.

Ce que nous disons d'acquisitions par violence doit, à plus forte raison, se dire des actes légaux quant à la forme, mais nuls

torum, parce que Javolenus parle deux fois d'interdits dans ce même livre (L. 5, *de tab. exhib.* — L. 198, *de reg. jur.*); mais dans deux passages assez peu éloignés (lib. 15, *ex Cassio*), il est aussi question de *furtum* L. 71, 73, *de furtis.* (Voyez Appendice, n° 97.)

(1) La glose sur ce texte a trouvé ce sens.

(2) L. 4, §§ 12, 26, *de usurp.* — L. 13, § 2, *de verb. sign.*

(3) Voyez, plus haut, p. 287. CUJAS (*obs.* XXIV, 12) paraît fort embarrassé de trouver un exemple convenable pour les choses mobilières; dans l'exemple qu'il choisit, il n'y a pas de *res furtiva* du tout. — Dans le droit ancien, il fallait décider de même si le propriétaire enlevait par violence la chose qu'on lui avait volée, parce qu'elle pouvait lui être reprise au moyen de l'interdit *utrubi*. (Note de la 6e éd.)

pour quelque motif juridique. — Ainsi la donation entre époux ne transfère aucun droit; la possession seule est transférée (1). —De même, la tradition faite par un insensé ou par un impubère en tutelle ne transfère pas la propriété, mais bien la possession (2). — Ces motifs juridiques ne peuvent vicier que la succession, la transmission du droit; or, cette transmission ne saurait affecter l'existence de la possession (3); celle-ci ne peut donc jamais être déclarée impossible, par la raison que la transmission du droit ne serait pas possible.

(1) Voyez page 57.

(2) Les motifs qui pourraient faire douter de cette proposition devront être examinés dans la section suivante, car ils se rattachent à la question de savoir si l'insensé ou l'impubère perdent la possession dans cette hypothèse. S'il en est ainsi, on ne pourra nier que l'autre personne n'acquière cette possession.

(3) Voyez page 22.

SECTION TROISIÈME.

PERTE DE LA POSSESSION.

§ 29.

COMMENT SE PERD LA POSSESSION.

Dans notre deuxième section, nous avons vu comment la possession s'acquiert; nous avons à rechercher maintenant comment elle se perd. Cette question revient évidemment à celle de la continuation de la possession, puisque toute possession doit nécessairement continuer aussi longtemps qu'elle ne vient pas à être perdue. Si nos jurisconsultes avaient mis à profit cette observation bien simple, faite il y a fort longtemps déjà (1), ils

(1) AZON, *in Summa Cod. tit. de poss.* « *Cum enim intitulatur de amittenda possessione, ergo de retinenda, vel quousque retineatur : tamdiu enim retinetur, quamdiu non amittitur.* » — *Glossa in rubr. Dig. tit. de poss. not.*, « *quod hic dicit* AMITTENDA, *sed Cod. eod. dicit* RETINENDA, *quod in idem recidit, quia contrariorum eadem est disciplina.* » A ce propos, les commentateurs postérieurs à Accurse, sans en

auraient pu s'épargner dans leurs traités tout un chapitre, et éviter bien des contradictions en enseignant quelquefois, à propos de la perte de la possession, le contraire de ce qu'ils avaient dit au chapitre qui traite de sa continuation.

Nous avons donc à rechercher le principe d'après lequel se règle la continuation et par là même aussi la perte de la possession. Nous essayerons d'abord de déduire ce principe de la notion même de la possession ; nos recherches sur l'acquisition de la possession ont complétement précisé les éléments de cette notion, et l'influence qu'elle exerce sur la continuation et sur la perte de la possession a même déjà été signalée plus haut (1).

La possession n'étant en réalité que le pouvoir de disposer physiquement d'une chose, combiné avec la conviction que l'on a de ce pouvoir, il en résulte, comme nous l'avons vu, que l'acquisition de la possession exige deux conditions : un fait physique et l'*animus*. Les mêmes éléments doivent se retrouver dans la continuation de la possession ; elle se base sur la même coexistence du fait physique et de la volonté, et doit par conséquent disparaître dès que cette coexistence fait défaut, c'est-à-dire dès que, soit le fait matériel, soit la volonté, soit l'un et l'autre à la fois, viennent à disparaître. Toute la différence que l'on puisse admettre entre les conditions de l'acquisition et celles de la continuation de la possession ne peut en tout cas concerner que le degré de ces conditions, et non pas leur essence même ; en d'autres termes, il faut toujours qu'il y ait un point où toute différence disparaisse complétement. Telle serait, par exemple,

excepter Alciat lui-même, ont coutume d'examiner très-savamment si la règle « *contrariorum eadem est disciplina* » doit s'appliquer partout, par exemple aussi en droit canon, en droit féodal, etc.

(1) Voyez pages 222, 223.

pour l'élément physique de la possession, l'impossibilité absolue de disposer de la chose, et pour l'*animus* la volonté positive de ne plus posséder. Il est clair que dans ces deux cas la continuation de la possession ne serait guère plus admissible que ne l'aurait été son acquisition première, et qu'ainsi les conditions sont, à ces deux points de vue, parfaitement les mêmes.

Ce que nous venons de dire peut se résumer dans les propositions suivantes :

1. Pour que la possession continue, il faut le rapport physique avec la chose possédée, et l'*animus*.

2. Dès que l'une de ces deux conditions, ou les deux ensemble, viennent à cesser, la possession est perdue.

3. Cette règle se rattache logiquement d'une manière immédiate aux principes qui dominent l'acquisition de la possession.

Nous devons maintenant trouver dans les textes les preuves à l'appui de ces règles; le point de vue sous lequel nous venons de les considérer nous sera peut-être utile dans cette recherche.

§ 30.

COMMENT SE PERD LA POSSESSION (CONTINUATION).

La règle posée au paragraphe précédent est sous-entendue d'une manière si évidente dans un grand nombre d'applications (1) et dans quelques exceptions, que la preuve exégétique pourrait par cela seul être considérée comme parfaite. De plus, elle est

(1) Citons, pour le moment seulement : L. 3, § 13, L. 29, *de possessione* (perte par le *factum* seul). — L. 3, § 6, L. 17, § 1, *de poss.* (perte par l'*animus* seul).

expressément écrite dans un passage qu'à ce point de vue du moins on néglige ordinairement :

L. 44, § 2, *de poss.*

« ... *ejus quidem, quod corpore nostro teneremus* (1), *possessionem amitti* VEL *animo*, VEL *etiam corpore...* »

Ici cependant la question n'est traitée qu'incidemment, tandis que nous trouvons un autre passage qui a évidemment en vue de tracer une règle générale sur la question, et cette règle paraît diamétralement contraire à la nôtre, puisque, d'après elle, la disparition de l'élément matériel seul, ou de l'*animus* seul, ne suffirait pas pour faire perdre la possession.

L. 153, *de regulis juris* (2).

« *Fere, quibuscunque modis obligamur, hisdem* (*iisdem*) (voyez « Appendice, n° 98) *in contrarium actis liberamur : cum quibus « modis adquirimus, hisdem in contrarium actis amittimus.* « UT IGITUR (3) NULLA POSSESSIO ADQUIRI, NISI ANIMO ET CORPORE « POTEST : ITA NULLA AMITTITUR, NISI IN QUA UTRUMQUE IN CONTRARIUM « ACTUM (4). »

Ce n'est pas en supposant une controverse qui aurait divisé les anciens jurisconsultes que nous pourrons expliquer ce pas-

(1) C'est ce cas qui renferme notre règle; tandis que cette loi a en vue de préciser les modifications qu'elle subit dans le cas contraire.

(2) Ce passage est le seul, parce que la L. 8, *de poss.*, n'est évidemment qu'un fragment de ce texte-ci : les quelques différences, complétement dénuées d'importance, vont être relevées plus loin.

(3) La L. 8, *de possessione*, qui commence ici seulement, porte « *quemadmodum* » au lieu de « *ut igitur.* »

(4) L. 8, *de poss.* : « *actum est.* »

sage, car d'abord le sujet ne l'admet guère, et de plus ce passage est de Paul, dans lès écrits duquel nous trouvons précisément les applications les plus décisives de la vraie règle (1).

La plupart des interprètes cherchent à écarter la difficulté en rapportant le passage entier à un cas spécial et exceptionnel. En effet, le possesseur d'un immeuble, alors même qu'un tiers l'aurait occupé par violence, continue à le posséder tant qu'il n'a pas connaissance de ce fait. De là le raisonnement suivant : ou bien la possession se perd *solo animo*, alors point de difficulté, et la règle de Paul n'est pas exacte; ou bien elle se perd *solo corpore*, alors la règle est exacte, mais seulement par rapport aux immeubles (2). — Mais le jurisconsulte a trop évidemment l'intention de tracer une règle générale, pour que cette explication puisse être admise, malgré tous les arguments secondaires dont on a cherché à l'étayer (3).

Toute la difficulté gît évidemment dans le mot *utrumque*. Que

(1) L. 3, §§ 6, 13, *de poss.*

(2) BULGARI *et* PLACENTINI, *ad tit. Pand. de reg. jur. comm. Colon.* 1587, 8, p. 113. — AZON, *in Summa Cod. tit. de poss.*, n° 15. — *Glossa in* L. 3, § 6, et *in* L. 8, *de possessione.* — ODOFREDUS, *in* L. 3, *cit.* (fol. 56). — CUJAS, *in notis ad* § 5, *de interdictis et in paratit. in Cod. tit. de poss.* (voy. aussi *opp.*, t. 4, p. 625; t. 5, p. 710; t. 8, p. 258, 289, 877; t. 9, p. 1015). — GIPHANIUS, *in lect. Allorph.*, p. 420, 421, 422. — MERENDA, *in contr.* L. 12, c. 24. — CUPERUS, *de poss.*, p. 2, c. 36. — Cuperus et d'autres commencent, il est vrai, par réfuter cette explication, mais en définitive celle qu'ils donnent eux-mêmes n'en diffère que par la manière de l'exprimer. — ROMULEUS, p. 18, qui adopte cette explication, cite une émendation curieuse de jurisconsultes qu'il ne nomme pas et qui lisent dans la L. 8, *de poss.* « *non quemadmodum* » au lieu de « *quemadmodum.* »

(3) CUJAS insiste beaucoup sur le mot « *fere;* » il le traduit par « *le plus souvent*, ou *presque le plus souvent* » (*opp.*, t. 4, p. 625). Cependant, ce mot n'est pas employé là où il s'agit de possession, et il ne pourrait en tout cas avoir beaucoup d'importance. GIPHANIUS et CUPERUS s'attachent particulièrement à l'inscription de la loi.

l'un et l'autre, c'est-à-dire le *corpus* et l'*animus*, doivent disparaître pour que la possession vienne à cesser, voilà ce qui paraît être en contradiction avec toutes les autres décisions. Avant tout, nous devons donc chercher le sens du mot *uterque* (1).

Uterque s'emploie en général lorsqu'on veut exprimer le rapport commun d'un attribut avec plusieurs sujets, ou d'un sujet avec plusieurs attributs. Or, trois cas peuvent se présenter ici :

1. On affirme un rapport conjonctif, de telle sorte que dans chaque cas spécial les deux sujets ne se trouvent jamais l'un sans l'autre. C'est le sens ordinaire du mot *uterque*.

2. On affirme un rapport disjonctif, de manière que dans chaque cas spécial les deux sujets ne puissent jamais se trouver réunis : l'attribut peut alors appartenir à chacun des deux sujets isolément, mais jamais à tous les deux ensemble. C'est le sens ordinaire de *alteruter*.

3. On affirme seulement un rapport commun en général, sans en préciser davantage la nature : il n'est donc pas dit si ce rapport est conjonctif ou disjonctif, soit qu'on ne le sache pas, soit

(1) Je ne connais qu'une interprétation qui suive une voie un peu semblable en changeant le texte, et en lisant *utrumcunque* (FRIESEN, *de genuina poss. indole. Jenæ*, 1725, § 14). Cette émendation est elle-même moins forcée que l'interprétation qu'on donne ordinairement de ce passage. — L'émendation la moins hasardée serait de lire *utcumque*, et alors le sens serait celui-ci : aucune possession ne se perd si l'on n'agit *in contrarium d'une manière quelconque*, c'est-à-dire à l'encontre des conditions d'acquisition qui viennent d'être nommées. De cette manière toute difficulté disparaîtrait (§ 29). Cette émendation est aussi adoptée par SUSE dans GURLITT, *animadvers. ad auct. veteres Spec.* 3, p. 18 (1806). On a objecté que *actum est* ne pouvait s'employer ainsi sans avoir de sujet ; cependant, c'est ainsi que Paul l'emploie à la L. 5, *dé her. vel act. vend.* — Mais il est vrai qu'on peut invoquer ici contre toute émendation quelconque la circonstance que ce texte se trouve deux fois, sans variante aucune, dans tous les manuscrits des Pandectes.

aussi qu'on n'y attache aucune importance pour le moment, et qu'on ne songe pas à l'exprimer. Dans ce sens aussi, nous trouvons employé *uterque* et *alteruter*, de sorte que ces deux expressions sont souvent synonymes, et que même, dans certains cas, *uterque* semble faussement désigner le rapport disjonctif par opposition au rapport conjonctif, et *alteruter* ce dernier rapport par opposition au premier.

Ainsi nous trouvons *uterque* pris dans le même sens que *alteruter* dans les passages suivants (1) :

VARRO, *de Re rustica*, I. 2, § 14.

« *Quocirca principes qui* UTRIQUE *rei præponuntur, vocabulis* « *quoque sunt diversi, quod unus vocatur vilicus, alter magister* « *pecoris.* »

CICERO, *de Officiis*, III, 15.

« UTERQUE, *si ad eloquendum venerit, non plus quam semel* « *eloquetur.* » (Voyez Appendice, n° 99.)

PAUL, dans la L. 10, § 13, *de gradibus*.

« *Frater quoque per* UTRUMQUE *parentem accipitur, id est,* AUT « *per matrem tantum,* AUT *per patrem,* AUT PER UTRUMQUE. » La

(1) Cette signification du mot *uterque* se trouve déjà dans la glose *in* L. 8, § 5, C. *de bon. quæ lib.*), puis dans les notes sur BRISSON (p. 1373, *ed. Heinecc.*), mais la L. 2, pr. *de eo quod certo loco*, que cet auteur indique, ne prouve absolument rien; par contre, il ne cite pas la L. 16, *de leg II.* — AZONIS, *Brocardica* (*Basil.* 1567, 8), p. 199 : « UTRUMQUE, *id est,* ALTERUM. C. *de bon. quæ lib.*, L. *ult.*, § *ipse;* D. *de contr. empt.*, L *sed Celsus*, § *si fundum;* D. *de pactis*, L. *rescriptum*, § *si pactum;* D. *de pignor.*, L. *si grege*, § 2. » — AZO, *Glossa in* L. 8, § 5, C. *de bon. quæ lib.* (*Ms. Paris*, n° 4519, et de même dans le manuscrit du Code de Fulda) au mot *utraque* : « *disjunctive id est ex hac vel ex illa, non conjunctim : sic D. de pactis L. rescriptum, § si pacto; D. de lib. et posthumis. Si ita, et ita ponitur unicuique disjunctive S. comm. divid. penult.* Az. »

première fois, le rapport n'est pas précisé; la seconde fois, il est conjonctif.

CELSUS, dans la L. 16, *de leg.* II :

« *Si Titio aut Sejo, utri heres vellet, legatum relictum est :*
« *heres alteri dando, ab utroque liberatur : si neutri dat,* UTERQUE
« *perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret, nam ut*
« *stipulando duo rei constitui possunt* (1), *ita et testamento potest*
« *id fieri* (2). »

JUSTINIEN, dans la L. 8, § 5, C. *de bonis quæ liberis* (3) :

« *Ipsum autem filium ... alere patri necesse est ... et ab ipsis*
« *liberis parentes, si inopia ex* UTRAQUE *parte vertitur.* »

C'est dans ce même sens que nous trouvons le mot *unusquisque*

(1) Cette comparaison avec des *correi* proprement dits prouve à l'évidence que du moment où l'un des deux agit en exécution, le droit de l'autre disparaît : il est indifférent que l'un ou l'autre agisse le premier, mais l'un et l'autre ne peuvent agir ensemble.

(2) (Add. de la 7e éd.) ARCADIUS, HONORIUS et THÉODOSE, *in* L. 8, C. *Theod., de maternis bonis.*

« *Intra septem annos... pater... successionem amplectatur; hac vero*
« *ætate finita filius... suam exponat voluntatem. Dum tamen intra*
« *annum...* UTERQUE *de possessione amplectenda suum prodat arbi-*
« *trium.* »

(3) Dans ce passage, le sens est tellement clair que Haloander a mis *alterutra;* mais cela ne veut pas dire qu'il ait trouvé cette leçon dans un manuscrit. La glose cherche à justifier le sens particulier qu'a ici le mot *utraque,* sans mentionner de variante, et c'est évidemment dans Haloander que les éditeurs postérieurs ont pris l'*alterutra,* comme texte ou comme variante. Russard, par exemple, dit expressément que tous ses manuscrits portent *utraque;* les neuf manuscrits de Paris que j'ai examinés ont aussi *utraque,* quelques-uns avec une glose interlinéaire : *i. e. ex altera,* qui ne fait que confirmer notre leçon; il en est de même de deux manuscrits de Vienne, de celui de Fulda et de deux manuscrits que je possède.

employé dans une constitution d'Alexandre Sévère : L. 3, C. *de comm. div :*

« ... *Cum autem regionibus dividi commode aliquis ager inter* « *socios non potest, vel ex pluribus singuli : æstimatione justa* « *facta,* UNICUIQUE *sociorum adjudicantur...* »

Enfin, par contre, nous trouvons *alteruter* dans le même sens, entre autres dans un passage d'Ulpien : L. 1, § 3, *uti possidetis :*

« ... *Aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter* « *petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est... Sed si* « *inter ipsos contendatur, uter possideat, quia* ALTERUTER *se* « *magis possidere affirmat,* etc. » (Lorsque deux personnes se contestent la possession, il faut bien que chacune d'elles, *uterque*, prétende *se magis possidere*.)

Voici maintenant quel est le sens du passage qui nous occupe. En matière d'obligations, la règle est qu'elles se dissolvent de la même manière qu'elles se sont contractées. La résiliation résulte donc d'un acte semblable à celui qui leur a donné naissance; elle ne pourrait se produire sans acte aucun, ni par un acte d'une nature différente, par exemple par un pacte au lieu d'une acceptilation. Or, il en est également ainsi pour la possession. De même que son acquisition repose sur un fait déterminé, fait double comprenant l'acte physique et la volonté, de même aussi un fait contraire la fera perdre, et cela est vrai pour les deux éléments de l'acquisition, c'est-à-dire pour l'acte physique comme pour le fait moral, la volonté. — Ce n'est donc évidemment pas sur *utrumque*, mais sur *in contrarium actum* que se porte toute l'attention du jurisconsulte : il veut dire que la perte de la pos-

session ne saurait avoir lieu sans fait aucun (1), ni par un fait d'une nature différente, mais seulement par un fait semblable à celui qui donne lieu à son acquisition, et que cette similitude n'est pas requise seulement pour l'acte physique, ou seulement pour l'acte moral, mais qu'elle l'est pour l'un et l'autre également. — On aurait sans doute pu aller plus loin, et se demander encore si cette similitude commune doit être conjonctive ou disjonctive; mais il ne s'agissait pas du tout de cette question : elle reste donc intacte; et par conséquent le mot *uterque* est pris dans la dernière des trois acceptions que nous avons indiquées ci-dessus, de sorte que notre passage ne dit absolument rien sur ce point (2).

Le rapport logique des différentes parties de ce passage pourrait cependant faire contester à un autre point de vue l'exactitude

(1) C'est là le point important et décisif de la règle : elle nous prémunit contre l'erreur qui consisterait à croire que la possession peut se perdre par le seul éloignement du possesseur, ou parce qu'il n'aurait plus conscience de sa possession (§§ 31 et 32). (Note de la 6e éd.)

(2) J'abandonne donc la manière de voir de mes deux premières éditions, où je considérais *uterque* comme mis à la place de *alteruter*, et comme signifiant que *l'une des deux* conditions était seule requise, et non pas toutes deux ensemble. Alors même que ce mot pourrait avoir quelque part cette signification particulière, ce n'en serait pas moins une négligence inexplicable de la part de Paul d'avoir choisi, pour exprimer le rapport disjonctif, l'expression qui, dans la plupart des cas, sert précisément à désigner le rapport conjonctif par opposition au rapport disjonctif. — L'essence de cette interprétation se trouve déjà dans THIBAUT, *Allg. Litt. Zeit. Ergœnzungsblætter*, 1806, vol. 2, p. 534. De même dans HUGO, mais à un autre point de vue, *Gœtt. Anz.*, 1804, p. 295; 1807, p. 1909; car l'auteur n'y attribue pas précisément un sens spécial au mot *uterque*, il trouve plutôt dans l'argumentation un rapport logique particulier à propos duquel ce mot est employé. Dans ce sens, on peut dire que la même chose pourra se présenter dans n'importe quelle langue. (Voyez Appendice, n° 100.)

de cette interprétation. Il est évident que la perte de la possession y est comparée à son acquisition (1); or, pour l'acquisition il faut à la fois l'élément physique et l'*animus*, donc pour la perte il devrait, semble-t-il, en être de même. Mais, indépendamment de ce que Paul n'a évidemment pas en vue de s'occuper de cette question, il est certain aussi que ce résultat de la comparaison n'est qu'apparent. Dire qu'il faut à la fois le *corpus* et l'*animus* pour acquérir la possession, c'est dire que cette acquisition dépend de la coexistence de ces deux conditions; la manière de perdre la possession ne répondra dès lors au mode de l'acquérir que lorsque cette coexistence viendra à faire défaut; or, elle fait défaut, non-seulement lorsque les éléments qui la constituent disparaissent tous les deux, mais aussi dès que l'un d'eux seulement cesse d'exister.

L'interprétation des textes aussi nous prouve donc que la conservation de la possession repose, aussi bien que son acquisition, à la fois sur un élément physique, *corpus*, et sur un élément moral, *animus*; en d'autres termes, que chacun de ces deux éléments à lui seul, s'il fait défaut, peut faire perdre la possession. (Voyez Appendice, n° 102.) — Nous devons maintenant, en appliquant cette règle, l'interpréter et la préciser davantage.

Or, de même que l'acquisition de la possession, sa continuation aussi peut résulter des actes d'une personne autre que le possesseur lui-même; d'après cela, l'étude que nous allons faire devra porter sur les points suivants :

A. Le fait matériel, comme condition première de la continuation de la possession : § 31;

(1) « ... QUIBUS MODIS ADQUIRIMUS, IISDEM IN CONTRARIUM ACTIS AMITTIMUS. UT IGITUR *nulla possessio adquiri... potest* : ITA *nulla amittitur...* » (Voyez p. 315.) (Voyez Appendice, n° 101.)

B. L'*animus*, comme deuxième condition : § 32;

C. Modifications que subissent ces règles, lorsque la possession se continue par le moyen d'un représentant : § 33.

§ 31.

PERTE DE LA POSSESSION PAR SUITE D'UN FAIT MATÉRIEL.

La première condition requise pour conserver la possession, c'est le maintien d'un état de fait qui permette de disposer de la chose possédée. Mais cette faculté de disposer ne doit pas, comme lorsqu'il s'agit d'acquérir la possession, être immédiate et constamment présente (1); il suffit qu'on puisse la faire renaître à volonté (2); la possession n'est donc perdue que lorsque la faculté de disposer devient complétement impossible. — Appliquons successivement cette règle aux meubles et aux immeubles. Plusieurs cas d'application sont tellement clairs par eux-mêmes qu'ils n'ont besoin d'aucune explication; tels sont ceux de la mort du possesseur ou lorsqu'il est réduit en esclavage (3); tel est aussi le cas, lorsque la chose possédée périt matériellement,

(1) Voyez page 221.

(2) L. 3, § 13, *de poss.* : « *Nerva filius, res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri : idem* QUATENUS, SI VELIMUS, NATURALEM POSSESSIONEM NANCISCI POSSIMUS. » Que Nerva ne veuille appliquer la règle qu'aux meubles, et encore sans y comprendre les esclaves, cela n'en altère en rien la réalité; car pour les esclaves et pour les immeubles nous trouvons des exceptions formelles en droit romain : pour les esclaves, puisque le *servus fugitivus* continue à être possédé; pour les immeubles, puisque la possession n'en est perdue que lorsque le possesseur en reçoit avis.

(3) L. 30, § 3, *de poss.*

ou qu'elle cesse d'exister juridiquement, c'est-à-dire lorsqu'elle est soustraite au commerce, ou qu'elle subit une spécification (1). D'autres applications de notre règle doivent être examinées et précisées davantage.

La possession d'une chose mobilière se perd d'abord lorsqu'un autre s'en empare, soit par violence, soit clandestinement (2). Ici la cessation de la faculté d'en disposer est parfaitement évidente; peu importe que celui qui s'en est emparé en ait ou non acquis la possession. Supposez que l'esclave d'autrui, sans en avoir reçu l'ordre de son maître, s'empare d'une chose qui nous appartient; ni l'esclave (3) ni son maître (4) n'en acquièrent la possession, et cependant nous perdons cette possession, parce que la faculté de disposer de la chose ne nous est pas moins enlevée. Il en est, il est vrai, autrement lorsque c'est l'esclave du possesseur qui détourne l'objet (5), mais ici la continuation de la possession résulte de ce que le propriétaire possède aussi le voleur lui-même, et, par conséquent, au moyen de cet intermédiaire, la chose volée. — La faculté de disposer peut aussi s'évanouir sans le fait d'un tiers, si l'endroit où se trouve la chose devient inaccessible au possesseur (6), ou n'est plus à sa

(1) L. 30, §§ 3 et 4, *de poss.*

(2) L. 13, *de poss.* « *Rem quæ nobis* SUBREPTA *est, perinde intelligimur desinere possidere, atque eam quæ* VI NOBIS ERIPTA EST... » (Voyez Appendice, n° 103.).

(3) Voyez p. 106.

(4) Le motif de l'acquisition devrait se trouver soit dans la volonté du maître (p. 291), soit dans la *peculiaris causa* (p. 293) : or, l'une et l'autre font défaut; comp. L. 24, *de poss.*

(5) L. 13, *de poss.* Voy., plus loin, notre § 33.

(6) L. 13, pr. *de poss.* « ... *Cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio, et post tempus extracti... dominium me retinere puto,* POSSESSIONEM NON PUTO. » Il va sans dire qu'un obstacle passager, tel que

connaissance (1). Une remarque cependant est nécessaire relativement à ce dernier point. Celui qui conserve une chose dans sa demeure ou qui enfouit un trésor dans son champ, n'en perd pas la possession par le seul fait de ne plus pouvoir immédiatement retrouver l'objet en question (2) : les mesures spéciales prises pour sa conservation, *custodia* (3), lui donnent la certitude de pouvoir le retrouver plus tard. Ainsi le possesseur doit connaître l'endroit où se trouve l'objet, ou avoir celui-ci spécialement en sa *custodia* : cette dernière n'est donc pas une condition absolue du maintien de la possession (4). Celui, par exemple, qui laisserait une chose dans un bois, mais qui s'en souviendrait positivement, n'en aurait aucunement perdu la possession. C'est ainsi que nous pourrons expliquer le passage suivant :

l'inondation d'un fonds que l'on possède, la destruction d'un pont par lequel on y arrive, etc., n'aurait pas ce résultat.

(1) L. 25, pr. *de poss.* « *Si id, quod possidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus ubi sit : desinimus possidere.* » Comp. L. 3, § 13, *de poss.*

(2) L. 3, § 13, *de poss.* « *... desinere a nobis possideri...* DISSIMILITER ATQUE SI SUB CUSTODIA MEA SIT, NEC INVENIATUR : QUIA PRÆSENTIA EJUS SIT, ET TANTUM CESSAT INTERIM DILIGENS INQUISITIO. » — L. 44, pr. *de poss.* « *Peregre profecturus, pecuniam in terra custodiæ causa condiderat : cum reversus locum thesauri immemoria non repeteret... Dixi quoniam* CUSTODIÆ CAUSA *pecunia condita proponeretur, jus possessionis ei, qui condidisset,* NON VIDERI PEREMPTUM : *nec infirmitatem memoriæ damnum adferre possessionis, quam alius non invasit.* »

(3) Tel est le sens général du mot *custodia*, et la différence entre l'acquisition et la conservation de la possession n'est ici qu'une différence de plus et de moins.

(4) On ne saurait citer comme contraire la L. 47, *de poss.* : « *... rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas tempo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre* CONSUEVIT : *idque Nerva filius retulit.* » Le mot *consuevit* ne désigne pas une règle de droit, mais ce qui résulte très-souvent de la *custodia omissa*, et cela ne saurait être révoqué en doute. Papinien cite d'ailleurs le même Nerva, dont nous allons voir l'opinion sur ce point.

L. 3, § 13, *de possessione*.

« *Nerva filius* (1) *res mobiles... quatenus sub custodia nostra* « *sint, hactenus possideri : Idem* (2) *quatenus si velimus natu-* « *ralem possessionem nancisci possimus.* » — « Nerva dit que la conservation de la possession peut résulter de la *custodia;* le même (Nerva) dit qu'elle peut aussi résulter de ce que le possesseur est à même de ressaisir quand il veut la détention naturelle. » — Ainsi, lorqu'une personne a un objet dans sa demeure, mais ne sait où le trouver, on ne peut dire : SI VELIT, *naturalem possessionem nancisci potest;* d'autre part, si quelqu'un se souvient de l'endroit où sa chose doit se trouver dans un bois, on ne peut dire non plus : SUB CUSTODIA *ejus est.* Ces deux cas n'ont donc pas à se compléter, à s'expliquer l'un l'autre (raison pour laquelle il faut rejeter la leçon florentine *id est*) (voyez Appendice, n° 104); mais ils désignent deux moyens différents de conserver la possession; aussi les exemples qui suivent ce texte prouvent bien clairement que dans aucun de ces deux cas la possession ne peut être considérée comme perdue.

Voici comment il faut appliquer ces règles à la possession des animaux :

A. Les animaux domestiques sont possédés comme toutes les autres choses mobilières; leur possession cesse donc lorsqu'on n'est plus à même de les retrouver (3). — *B.* Les animaux sau-

(1) *Sc. ait.*

(2) « *Sc. ait, hactenus possideri.* » *Idem* se trouve dans trois manuscrits de Paris (n^{os} 4454, 4458, 4458 *a*) et dans l'édition de Rome de 1476. Le manuscrit florentin porte « *id est.* » La plupart des manuscrits et des éditions ont une simple abréviation : « *i.* » *Item* donnerait aussi un sens parfaitement exact.

(3) L. 3, § 13, *de poss.* «... *pecus simul atque aberraverit... desinere a nobis possideri.* » — Les principes étaient absolument les mêmes pour

vages sont possédés aussi longtemps que subsistent les mesures prises pour pouvoir en disposer : *custodia* (1). Toute *custodia* n'est donc pas suffisante par elle-même. Ainsi celui qui a placé des animaux sauvages dans un parc, ou des poissons dans un lac, a sans doute fait quelque chose pour les conserver ; toutefois il ne dépend pas uniquement de sa volonté, mais de différentes circonstances accidentelles, de s'en emparer : leur possession ne lui est donc pas conservée. Il en est tout autrement lorsque les poissons se trouvent dans un barneton, et les animaux sauvages dans une fosse où l'on puisse à chaque instant s'en rendre maître (2). — *C.* Les animaux sauvages de leur nature, mais

la possession des esclaves, seulement l'*animus revertendi* pouvait y faire quelque différence : L. 47, *de poss.*; quant à l'esclave fugitif, on en conservait une possession fictive : L. 15, § 1, *de usurp* L. 13, pr. L. 15, *de poss.* (voy., plus haut, p. 292 et suiv.); le *liberale judicium* ne faisait que suspendre la possession. (Voyez Appendice, n° 105.)

(1) L. 3, § 2, L. 5, pr. *de adq. rer. dom.* (§ 12, I. *de rer. div*) « *Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia coercetur, cum vero evaserit custodiam nostram, et in naturalem libertatem se receperit : nostrum esse desinit, et rursus occupantis fit. — Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos nostros effugerit, vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit ejus persecutio.* » — C'est ici le seul cas où la perte de la possession entraîne aussi la perte de la propriété : on pouvait donc indifféremment parler de l'une ou de l'autre.

(2) L. 3, §§ 14, 15, *de poss.* : « *Item feras bestias, quas* VIVARIIS *inclu-serimus, et pisces, quos in* PISCINAS *conjecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in* STAGNO *sint, aut feras, quæ in* SILVIS CIRCUMSEPTIS *vagantur a nobis non possideri... Aves autem possidemus, quas* INCLUSAS *habemus*, etc. » — Il est évident que la différence gît ici dans la plus ou moins grande étendue de l'enceinte, et c'est ainsi que la glose a déjà compris ce passage. Une *silva circumsepta* peut être fort étendue, et on peut fort bien y chasser longtemps sans parvenir à saisir un animal qui s'y trouve enfermé : on n'a donc pas la possession de cet animal, quoiqu'il ne puisse sortir de l'enceinte. Il n'est donc pas nécessaire de lire, avec HOTTMANN (*obs.* VIII, 7) : « *silvis* NON *circumseptis* ; » ou d'admettre avec

apprivoisés, sont considérés comme des animaux domestiques aussi longtemps qu'ils conservent l'habitude de revenir à l'endroit où leur maître les garde : *donec animum i. e. consuetudinem revertendi habent* (1).

C'est exactement d'après les mêmes règles que se perd la possession des choses immobilières : elle est perdue dès que la possibilité d'en disposer vient à disparaître ; — elle continue par conséquent tant que dure cette possibilité ; seulement ici aussi la faculté de disposer ne sera pas requise au même degré que lorsqu'il s'agit d'acquérir la possession (2).

La possession d'un immeuble se perd donc par tout fait qui enlève au possesseur actuel la faculté d'en disposer. Ce fait peut d'abord consister en ce que le possesseur se voit enfermé ou traité comme esclave sur l'immeuble même (3) ; il se peut aussi, et ce cas est le plus fréquent, qu'on enlève au possesseur le libre accès à cet immeuble (4). Dans ce dernier cas, il est fort indifférent que celui qui enlève l'accès veuille posséder lui-même

FLECK (*de poss.*, p. 82) que ces mots désignent une enceinte que l'animal peut franchir ; ou enfin de dire avec SAMMET (*opusc.*, p. 162) : « *silva circumsepta est, quæ fines habet arcifinios.* » Il est étonnant que beaucoup d'auteurs s'attachent à la leçon *evagantur*, puisque tout ce qu'elle pourrait vouloir changer se trouve exclu par les mots « *in silvis.* » Voyez, sur ce passage et ses interprètes, les observations très-détaillées mais peu remarquables de NETTELBLADT, *diss. de vero sensu* L. 3, § 14, *de poss.*, *Hal.* 1774.

(1) L. 4, L. 5, §§ 4, 5, *de adq. rer. dom.* (§§ 14, 15, I. *de rer. div.*). L. 3, §§ 15, 16, *de poss.*

(2) Voyez p. 225.

(3) L. 1, § 47, *de vi.* « *Quid dicturi essemus, tractat, si aliquo possidente ego quoque ingressus sum in possessionem, et non dejiciam possessorem, sed vinctum opus facere cogam? quatenus res, inquit, esset? Ego verius puto,* EUM QUOQUE DEJECTUM VIDERI, QUI ILLIC VINCTUS EST. » Paul, V, 6, § 6 : « *Vi dejectus videtur et qui in prædio vi retinetur...* »

(4) L'expression consacrée est *dejectio* (voy. notre § 40),

l'immeuble, ou seulement faire cesser la possession d'autrui afin d'interrompre l'usucapion (1). Il est plus difficile de résoudre la question de savoir si la possession se perd aussi lorsque le possesseur n'est pas réellement expulsé, mais qu'il abandonne l'immeuble par crainte de son adversaire. Quelques passages considèrent très-positivement dans ce cas la possession comme perdue :

L. 33, § 2, *de usurpationibus.*

« *Si dominus fundi homines armatos venientes* EXTIMUERIT (2), « *atque ita profugerit, quamvis nemo eorum fundum ingressus* « *fuerit, vi dejectus videtur.* »

L. 9, pr., *quod metus.*

« ... *Non videor vi dejectus, qui dejici non expectavi, sed* « *profugi.* ALITER ATQUE SI POSTEAQUAM INGRESSI SUNT (3), TUNC « DISCESSI. »

CICERO, *pro Cœcina, cap.* 16.

« ... *Usitatum, cum ad vim faciundam veniretur, si quos ar-* « *matos, quamvis procul, conspexissent,... optime sponsionem* « *facere possent,* NI ADVERSUS EDICTUM PRÆTORIS VIS FACTA ESSET. »

L. 3, § 6, *de vi :*

« *Si quis autem visis armatis,* QUI ALIBI TENDEBANT... *profu-* « *gerit,* NON VIDETUR DEJECTUS... »

(1) L. 4, § 22, *de usurp.*

(2) *Extimuerit* est une conjecture de CUJAS (*in* L. 9, pr. *quod met. causa* et L. 33, § 2, *de usurp., opp.*, t. 1, p. 962. 1133) que la variante de RUSSARD « *extimaverit* » rend fort plausible, puisqu'il suffit d'effacer la lettre *a*. La leçon ordinaire « *existimaverit* » donne un sens tout à fait faux et une construction incorrecte (VENIENTES *existimaverit* au lieu de VENIRE *existimaverit*).

(3) Le fait de pénétrer réellement dans l'immeuble n'est certes pas requis : les mots *ingressi sunt* veulent seulement exprimer la présence immédiate.

D'autres passages, au contraire, semblent considérer la possession comme n'étant pas perdue :

L. 9, pr., *quod metus :*

« *Denique tractat* (*Pomponius*), *si fundum meum dereliquero* « AUDITO QUOD QUIS CUM ARMIS VENIRET, *an huic Edicto locus sit?* « *et refert, Labeonem existimare, Edicto locum non esse,* ET UNDE « VI INTERDICTUM CESSARE : QUONIAM NON VIDEOR VI DEJECTUS, QUI « DEJICI NON EXPECTAVI, SED PROFUGI... »

L. 1, § 29, *de vi :*

« *Idem Labeo ait, eum qui metu turbæ perterritus fugerit,* (*vi*) « *videri dejectum. Sed Pomponius ait, vim sine corporali vi* « *locum non habere. Ergo* (1) *etiam eum qui fugatus est super-* « *venientibus quibusdam,* SI ILLI VI OCCUPAVERUNT POSSESSIONEM, « *videri vi dejectum.* »

L. 3, § 7, *de vi.*

Paul, V, 6. § 4.

Plusieurs auteurs ont essayé de concilier ces passages en rapportant les premiers à un danger présent, les seconds à un danger futur (2). Quelque fondée que soit cette distinction, elle ne concerne cependant que le fait de la *dejectio*, et c'est une

(1) *Ergo* se trouve dans trois manuscrits de Paris (4458 *a*, 4486, 4486 *a*), puis dans : *Cod. Rehd. Edd. Rom.* 1476. *Nor.* 1483, *Ven.* 1485, *Ven.* 1494, *Lugd.* 1509, 1513, *Paris.* 1514, 1536. — *Ego* se trouve dans le texte florentin et dans beaucoup de manuscrits. — La glose dit « *al. ergo, al. ego.* » En lisant *ego* on attribue à Ulpien l'intention de concilier Labéon et Pomponius. Mais le passage précédent nous prouve qu'il n'y avait pas de controverse entre ces deux jurisconsultes ; Pomponius veut seulement rectifier l'expression peu précise de Labéon.

2) CUJAS (voy. p. 329) et CRAS, *spec. jpr. C.*, p. 22-25. Dans ma seconde édition, j'ai également admis cette opinion.

erreur de lui reconnaître une influence sur la conservation de la possession. En effet, les passages cités en dernier lieu ne parlent pas du tout de la continuation de la possession ; ils se bornent à nier le fait de la *dejectio* : l'interdit de *vi*, et de même l'*actio quod metus causa*, ne sont donc pas fondés ici. Voilà tout ce que disent ces passages, mais la possession est toujours perdue au moins *animo*, si elle ne l'est pas *corpore* (1). — Dans tous ces cas, la manière dont on se trouve exclu de l'immeuble est fort indifférente, c'est-à-dire qu'il importe peu que le possesseur en ait été réellement expulsé, ou qu'il soit seulement empêché d'y rentrer (2).

D'autre part, la possession continue aussi longtemps que dure la faculté de disposer librement de l'immeuble, et à cet effet il n'est pas du tout nécessaire que le possesseur y soit constamment présent, ce qui d'ailleurs serait impossible dans la plupart des cas (3). Il est essentiel d'envisager cette proposition, ainsi que nous le faisons ici, comme une application de la règle générale

(1) HUFELAND, *neue Darstellung*, p. 157 et suiv.

(2) L. 1, § 24, *de vi* : « *... Si quis de agro suo, vel de domo processisset, nemine suorum relicto, mox revertens*, PROHIBITUS SIT INGREDI VEL IPSUM PRÆDIUM, VEL SI QUIS EUM IN MEDIO ITINERE DETINUERIT, ET IPSE POSSEDERIT, » (c'est-à-dire il faut que le *detinere* ait eu cet effet) « *vi dejectus videtur.* » Comp. L. 3, § 8, *de vi*, Paul, V, 6, § 6.

(3) L. 3, § 11, *de poss.* « *Saltus hibernos æstivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus.* » — L. 1, § 25, *de vi.* « *Quod vulgo dicitur, æstivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere : id* EXEMPLI CAUSA *didici Proculum dicere, nam ex omnibus prædiis, ex quibus non hac mente recedemus* (*recedimus*), *ut omisisse* (*amittere*) *possessionem vellemus, idem est.* » — Les *saltus hiberni æstivique* sont de vastes pâturages où l'on menait les bestiaux soit en hiver, comme dans les maremmes, soit en été, comme sur les hauteurs des Apennins. Ces pâturages sont donc toujours abandonnés pendant une moitié de l'année. L. 67, *de leg.* III. VARRO, *de re rust.* Lib. 2, cap. 1 (t. 1, p. 220 *script. rei rust. ed. Schneider*).

sur la continuation de la possession, et non pas comme une exception à cette règle. De cette manière seulement on pourra se rendre compte d'une extension de cette proposition, extension qui renferme réellement une exception à la règle d'après laquelle se détermine, comme nous l'avons vu, la perte de la possession des choses immobilières.

La conservation de la possession, malgré l'éloignement du possesseur, n'est en effet qu'une conséquence de la règle générale, puisque cet éloignement, tout en rendant moins immédiate la faculté de disposer de la chose, n'enlève cependant pas cette faculté d'une manière absolue. Mais lorsque au fait de l'éloignement vient se joindre une autre circonstance qui supprime en réalité cette faculté, il faudrait, pour rester fidèle à la règle, considérer la possession comme perdue. Or, c'est ici que cette règle subit une exception remarquable. (Voyez Appendice, n° 106.) En effet, si pendant notre absence l'immeuble que nous possédons se trouve violemment occupé par une personne à même de nous empêcher d'y rentrer, la faculté d'en disposer nous est évidemment enlevée dès cet instant tout aussi bien que lorsqu'un voleur nous enlève une chose mobilière, et cependant nous en conservons la possession jusqu'à ce que nous recevions avis de cette occupation violente.

Avant de m'attacher à prouver cette exception, je dois signaler quelques conséquences qui, si elle est fondée, doivent nécessairement en découler : *A*. Celui qui s'empare d'un immeuble pendant l'absence du possesseur n'en acquiert pas immédiatement la possession juridique (1). — *B*. Pour que la possession

(1) Voy. p. 165 et suiv., 196 et suiv. On peut donc dire que l'expression consacrée : *possessionem* VACUAM *tradere* (p. 169 et suiv.) se trouve en rapport avec cette proposition. Mais il se peut aussi que cette expression

d'un immeuble se perde par le fait d'autrui (1), le concours de l'*animus* est nécessaire (2), non pas que le possesseur actuel doive vouloir abandonner sa possession, mais en ce sens que sa conviction de possesseur doit nécessairement subir une modification, ce qui n'est nullement requis par la règle générale sur la perte de la possession, ni, par conséquent, lorsqu'il s'agit de meubles, puisqu'ici cette règle s'applique dans toute son intégrité. Dans le paragraphe suivant, nous aurons d'ailleurs à revenir sur cette observation. — *C.* La possession clandestine d'un immeuble est impossible, lorsque cet immeuble est en même temps possédé par l'adversaire. *Clandestina possessio* désigne ici cette possession qu'on s'attribue en cachant à dessein au possesseur actuel le fait de l'appréhension (3). Or, voici comment dans cette hypothèse il faudra envisager la situation d'après le principe dont nous signalons ici les conséquences. L'occupation en elle-même n'a pas attribué de possession, ni par conséquent non plus de *clandestina possessio*. Lorsque le possesseur actuel apprend le fait de l'occupation, trois cas pourront se présenter : ou bien il expulsera l'intrus, et alors il n'aura en réalité jamais

soit antérieure à cette modification de la possession, et qu'elle ait pour but d'exclure la simple possession apparente qui pourrait surgir pendant l'absence du possesseur, sans que rien enlevât à ce dernier la faculté de disposer.

(1) Car, lorsque la possession se perd par suite de force majeure, par exemple par le changement de lit d'un fleuve, il n'est pas nécessaire que le possesseur en ait connaissance.

(2) Toute possession en général — sauf le cas où elle se conserve par le moyen d'un représentant, cas dont nous parlerons plus loin, au § 33.

(3) Voyez notre § 41.

Ce que nous disons sous litt. *C* n'est plus complétement en harmonie avec la nouvelle théorie sur la *clandestina possessio;* voy. § 41. Ce point doit être plus spécialement examiné; tout au moins faudrait-il employer une autre expression. Voy. p. 332 et 337, note 5.

perdu la possession, et l'adversaire ne l'aura jamais acquise (1); ou bien il se verra lui-même repoussé par la force (2); dès cet instant, c'est l'adversaire qui possède l'immeuble, mais la possession est violente et non pas clandestine; ou bien enfin aucune de ces deux hypothèses ne se réalise : le possesseur antérieur s'abstient, pour un motif autre que la crainte, de faire valoir sa possession, et alors il n'y aura pas de *possessio vitiosa* du tout, car la nouvelle possession commence par la volonté même du possesseur antérieur, volonté qui, puisqu'elle ne concerne que la possession, n'exclut nullement l'intention de recouvrer l'immeuble par une autre voie, par exemple par l'action en revendication. C'est donc *animo*, et non pas *corpore*, que se perd la possession dans ce dernier cas.

Nous n'avons indiqué jusqu'ici que les conséquences de l'exception que nous signalions plus haut; il s'agit maintenant de la prouver elle-même, sans cela ces conséquences manqueraient de base. Des raisons, que nous ne pourrons indiquer que plus loin, nous obligent aussi à ne pas nous borner à démontrer que cette exception était admise par les jurisconsultes romains, mais à préciser en même temps aussi exactement que possible l'époque à laquelle elle a été introduite.

I. Papinien, Paul et Ulpien en parlent comme d'un principe incontestable :

L. 46, *de poss.* (PAPIN., *lib.* 23 *qu.*)

« *Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus,*

(1) Précisément comme dans le cas de la L. 17, *de vi* : « *Qui possessionem vi ereptam vi in ipso congressu recuperat,* IN PRISTINAM CAUSAM REVERTI POTIUS QUAM VI POSSIDERE *intelligendus est...* » la possession n'a donc ici jamais été réellement perdue.

(2) Peu importe encore une fois qu'un acte de violence ait réellement

« *tamdiu priorem possidere dictum est,* QUAMDIU POSSESSIONEM « AB ALIO OCCUPATAM IGNORARET. »

L. 3, §§ 7, 8, *de poss.* (PAUL, *lib.* 54 *ad edict.*)

« ... *Si animo solo possideas,* LICET ALIUS IN FUNDO SIT, ADHUC « TAMEN POSSIDES. *Si quis nuntiet domum a latronibus occupa-* « *tam, et dominus* TIMORE CONTERRITUS, NOLUERIT ACCEDERE, AMI- « SISSE EUM POSSESSIONEM PLACET. »

L. 6, § 1, *de poss.* (ULPIEN, *lib.* 70 *ad ed.*) (1).

L. 7, *de poss.* (PAUL, *lib.* 54 *ad ed.*) (2).

II. Celsus, Neratius et Pomponius énoncent le même principe; mais à la manière dont ils en parlent, il semblerait qu'à leur époque il n'était pas encore admis dans toute son étendue, ou qu'il n'était pas reconnu comme règle absolue par tous les jurisconsultes (3).

L. 18, §§ 3, 4, *de poss.* (CELSUS, *lib.* 23, *Dig.*)

« *Si dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo pos-* « *sessoris intraverit : non desiisse illico possidere existimandus* « *sum,* FACILE EXPULSURUS FINIBUS, SIMUL ATQUE SCIERO. *Rursus* « *si cum magna vi ingressus est exercitus,* EAM TANTUMMODO « PARTEM QUAM INTRAVERIT OBTINET (4). »

lieu ou qu'on l'évite par crainte (p. 329); il faut seulement que cette crainte soit fondée; c'est-à-dire il faut qu'elle soit inspirée par le fait d'une occupation véritable.

(1) Voyez, plus loin, *num.* III.

(2) Voyez, plus loin, *num.* III.

(3) Quant à Neratius, nous n'en avons qu'une citation tout à fait vague dans Paul, L. 7, *de poss.* Notre observation ne s'applique donc qu'aux deux autres jurisconsultes.

(4) La possession ne se conserve donc que s'il est *probable* qu'on puisse

L. 25, § 2, *de poss.* (POMP., *lib.* 23, *ad Q. Mucium.*)

« *Quod autem solo animo possidemus, quæritur, utrumne*
« *usque eo possidemus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior*
« *sit illius corporalis possessio? an vero,* QUOD QUASI MAGIS PROBA-
« TUR, *usque eo possideamus, donec revertentes non* (1) *aliquis*
« *repellat : aut nos ita animo desinamus possidere, quod* SUSPI-
« CEMUR REPELLI NOS POSSE AB EO QUI INGRESSUS SIT IN POSSESSIO-
« NEM? ET (ID) VIDETUR UTILIUS ESSE. »

III. Labéon suppose une règle tout à fait contraire à la nôtre. Aussi une décision de ce jurisconsulte est-elle modifiée par Ulpien dans le sens de notre règle :

L. 6, § 1, *de poss.* (ULP., *lib.* 70, *ad ed.*)

L. 7, *de poss.* (PAUL, *lib.* 54, *ad ed.*) (2).

« *Qui ad nundinas profectus, neminem reliquerit, et dum ille*
« *a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem,* VIDERE EUM

expulser l'intrus (Papinien, Paul et Ulpien ne disent rien d'une semblable restriction). Toutefois, lorsque cette probabilité fait défaut, il y aura au moins cela de spécial, que la possession nouvelle ne comprendra que le terrain réellement occupé. La circonstance que l'ancien possesseur se trouvait précisément sur les lieux n'a évidemment d'autre but que de rendre plus plausible et plus immédiate la possibilité d'expulser l'intrus.

(1) « *Donec non : » aussi longtemps qu'on ne (nous) repousse pas.* « *Donec nos : » jusqu'à ce qu'on nous repousse.* La première leçon est celle du texte florentin et de HALOANDER ; la seconde se trouve dans beaucoup de manuscrits cités par GEBAUER, dans l'édition de Rome de 1476, et dans d'autres ; l'une et l'autre donnent le même sens, à cause des deux acceptions du mot *donec*, et la transposition que propose BRENKMANN est tout à fait inutile.

(2) Il faut réunir les deux textes, afin de faire ressortir plus clairement le résultat que nous venons d'indiquer (p. 335).

« CLAM POSSIDERE, LABEO SCRIBIT (1). RETINET ERGO POSSESSIONEM « IS QUI AD NUNDINAS ABIIT (2). *Unde* (3) *si revertentem dominum* « *non admiserit*, VI MAGIS INTELLIGITUR (4) POSSIDERE, NON CLAM (5). « — ET SI NOLIT IN FUNDUM REVERTI, QUOD VIM MAJOREM VEREATUR, « AMISISSE POSSESSIONEM VIDEBITUR (6) : *et ita Neratius quoque* « *scribit* (7). »

(1) Labéon soutient donc quelque chose de contraire à la règle en question.

(2) Ici commence la rectification d'Ulpien ; le mot *ergo* ne s'oppose pas à cette combinaison, car l'opinion de Labéon n'est pas rejetée comme inexacte, mais relatée seulement comme ayant été modifiée plus tard par une règle nouvelle. On pouvait dès lors dire : « dans tous les cas où on admettait autrefois la *clandestina possessio*, il faut dorénavant admettre les conséquences de cette nouvelle règle » et le mot *ergo* convient parfaitement à cette portée du passage cité.

(3) *Unde* se trouve dans *Edd. Ven.* 1485, 1491, 1494. *Lugd.* 1508, 1509, 1513, 1519. *Paris.* 1514, 1536. — Le texte florentin porte *verum* ainsi que tous les manuscrits de Paris ; mais ce mot doit désigner une conséquence plutôt qu'une opposition. (Voyez Appendice, n° 107.)

(4) *Intellegitur* se trouve dans cinq manuscrits de Paris (n^os^ 4477 *a*, 4477 *b*, 4480, 4482 et celui de la bibliothèque de S. Victor), puis dans les éditions suivantes : *Rom.* 1476, *Nor.* 1483, *Ven.* 1485, *Ven.* 1491, *Ven.* 1494, *Lugd.* 1508, 1509, 1513, 1519. *Paris*, 1514, 1536. — Le texte florentin porte *intelligi*, ce qui dénature le sens du passage : la dernière phrase appartient alors à l'opinion de Labéon, et la phrase « *retinet ergo*, etc., » n'est qu'une parenthèse d'Ulpien ; le mot *verum* (au lieu de *unde*), qui ne pourrait convenir à notre interprétation, devient dès lors nécessaire. Mais il est alors aussi parfaitement impossible de donner un sens rationnel à l'opinion de Labéon et à la rectification d'Ulpien, surtout si l'on se rappelle la règle bien simple qui se trouve écrite au *principium* de la loi : *non ratio obtinendæ possessionis, sed origo nanciscendæ exquirenda est.*

(5) Par conséquent jusqu'à ce moment l'adversaire ne possédait pas, et maintenant il commence à avoir une possession violente plutôt que clandestine. (Voyez Appendice, n° 108.)

(6) Cela ne fait que préciser davantage la règle d'Ulpien (p. 334, à la note).

(7) Voyez, plus haut, p. 333. (Voyez Appendice, n° 109.)

Il sera maintenant facile de résumer le contenu de ce paragraphe. Pour que la possession continue, il faut qu'on soit en état de recouvrer à chaque instant la faculté immédiate de disposer physiquement de la chose, et qu'on ait par conséquent aussi la conviction intime de cette faculté. Dès que cette faculté disparaît, la possession cesse également. Il n'y a d'exception que pour les immeubles : pour en faire perdre la possession, l'impossibilité matérielle d'en disposer ne suffit pas, il faut de plus que cette impossibilité parvienne à la connaissance du possesseur. (Voyez Appendice, n° 110.)

§ 32.

PERTE DE LA POSSESSION PAR L'*ANIMUS*.

La seconde condition requise pour la conservation de la possession, c'est la volonté du possesseur, l'*animus;* il en est de cette condition comme de la première, c'est-à-dire comme de ce pouvoir physique dont nous nous sommes occupés au paragraphe précédent.

Ici, pour que la possession soit conservée, il suffit donc aussi que l'on maintienne constamment cette possibilité de reproduire la volonté première; il n'est, du reste, pas nécessaire, ni même possible, que l'on ait constamment et à chaque instant conscience de la possession. Le possesseur qui, même pendant longtemps, ne songerait ni à la chose, ni par conséquent à la possession qu'il en a, n'aurait nullement par là perdu cette possession, et il en serait même ainsi s'il devenait incapable d'avoir une volonté quelconque, par exemple s'il perdait la raison. En effet, l'impossibilité de vouloir posséder n'étant ici que purement subjective et accidentelle, que le possesseur oublie pendant quelque

temps sa possession, ou qu'il vienne à perdre la raison, il n'y aura, relativement à la chose possédée, aucune différence essentielle. Ce n'est qu'une forme différente de la même règle d'après laquelle, pour que l'*animus* soit la cause de la perte de la possession, il faut un acte de volonté nouveau et dirigé en sens contraire de la volonté première : *animus in contrarium actus* (1).

L'*animus* à lui seul fait donc perdre la possession, du moment que le possesseur a *la volonté d'y renoncer* (2) : car dès ce moment, par suite même de cette résolution, la reproduction de la volonté première, à laquelle elle est opposée, devient impossible, et cette impossibilité produit ici, comme lorsqu'il s'agit de la faculté de disposer physiquement de la chose, la cessation de la possession. Dès lors, si même plus tard l'ancien possesseur voulait recommencer à posséder, il ne le pourrait tout au plus que par une nouvelle appréhension, parce que la possession antérieure aurait complétement cessé d'exister.

Puisque ici la perte de la possession résulte non pas de l'absence de volonté, mais d'une volonté nouvelle opposée à la première, à l'*animus possidendi*, il est clair que pour perdre ainsi la possession il faut, comme pour l'acquérir, être capable de poser un acte de volonté (3). Un insensé ne pourra donc la perdre de cette manière (4) ; il en sera de même d'un impubère,

(1) Voyez § 30.

(2) L. 3, § 6, *de poss.* « ... *Si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere :* PROTINUS AMITTES POSSESSIONEM. » — L. 17, § 1, *de poss.* « ... *possessio autem recedit,* UT QUISQUE CONSTITUIT NOLLE POSSIDERE. » — Cf. L. 30, § 4. L. 34, pr. *de poss.* (Voyez Appendice, n° 111.)

(3) Les modifications que subit ce principe dans le cas de perte de la possession par le fait d'un représentant seront exposées au paragraphe suivant.

(4) *Glossa in* L. 1, § 3, *de poss.* « *licet enim desinat habere animum*

et cela d'une manière tout à fait générale, de sorte que la restriction indiquée plus haut (1), lorsqu'il s'agit de l'acquisition de la possession, ne saurait s'appliquer ici (2). — Cette incapacité de perdre la possession *animo* s'étend même au cas semblable,

possidendi non tamen habet ANIMUM NON POSSIDENDI. » — L. 27, *de poss.* (Voyez, plus loin, p. 341 et suiv.)

(1) Voyez p. 232 et suiv.

(2) L. 29, *de poss.* : « *Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat ;* NON UT ANIMO, *sed ut corpore desinat possidere : quod est enim facti, potest amittere. Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere :* HOC ENIM NON POTEST. » Il est dit ici très-clairement que le pupille pourra perdre la possession par un fait extérieur, et, d'autre part, qu'il ne pourra la perdre par l'*animus* : ce dernier point seul nous intéresse. Quant au premier point, il répond parfaitement aux principes généraux sur notre matière. La seule difficulté qu'on pourrait vouloir soulever résulte de la L. 11, *de adq. rer. dom.* « *Pupillus...* ALIENARE... *nullam rem potest,* ET NE QUIDEM POSSESSIONEM QUÆ EST NATURALIS, *ut Sabinianis visum est quæ sententia vera est.* » Mais le mot *alienare* implique l'idée d'une transmission juridique ; or, celle-ci n'est pas possible ici parce qu'elle supposerait un acte de volonté, l'*animus* du possesseur antérieur. Supposons donc qu'un pupille vende une chose et en fasse la tradition à l'acheteur ; celui-ci en acquiert sans doute la possession, mais il n'obtient pas ce qui, en dehors de l'existence de la possession, suppose de plus une transmission, une succession ; en d'autres termes, il n'obtient pas d'*accessio possessionis*, et cela est vrai pour la *civilis possessio* (*ad usucapionem*) comme pour la *naturalis possessio* (à propos de l'ancien interdit *utrubi* : c'est ce que vise le texte lorsqu'il dit : « *ne quidem* (*eam*) *possessionem* QUÆ EST NATURALIS. ») Dans la L. 4, §§ 1, 2, *de alien. jud. mut. causa* et L. 119, D. *de reg. jur.*, nous trouvons une distinction semblable entre l'*omissio* et l'*alienatio possessionis* et nous en avons vu une application semblable dans le texte : « *inter virum et uxorem nec possessionis* ULLA DONATIO *est.* » — *Glossa interl.* aux mots *quæ est naturalis* (*Ms. Paris,* n° 4483) : « *amittere tamen eam poterit* (*civilem vero ne amittere quidem potest*) *nec sunt contraria hæc cum sit aliud possessionem alienare et aliud amittere.* » MURET (*opp.*, III, 81, *opp.*, vol. 1, p. 647) entend aussi par cette *alienatio* une perte de possession découlant de l'*animus*. CUPERUS (p. 2, c. 38) trouve une contradiction inconciliable entre la L. 11, *de adq. rer. dom.* et la L. 29, *de poss.* (Voyez Appendice, n° 112.)

mais nullement identique, que voici. Nous avons vu que nous ne perdons la possession d'un immeuble si un autre l'occupe que lorsque le fait de cette occupation est arrivé à notre connaissance(1). Cette connaissance est sans doute encore fort différente de la volonté de ne plus posséder, car, lorsqu'elle se produit, trois cas différents peuvent encore se présenter : il se peut que nous parvenions à conserver la possession, il se peut que nous la perdions *corpore*, il se peut enfin que nous la perdions *animo*, c'est-à-dire par un acte de notre volonté. Mais la connaissance qu'on a de la perte de la possession, et la volonté positive de ne plus posséder, ont cela de commun que l'une et l'autre sont également exclues dès que la capacité d'avoir une conviction déterminée fait défaut, de sorte que le pupille et l'insensé ne peuvent jamais perdre la possession d'un immeuble par le fait d'un tiers (2) : c'est probablement à cause de cette similitude du

(1) Voyez p. 332 et suiv.

(2) L. 29, *de poss.* (voyez la note 2 de la p. 340).— L. 27, *de poss.* : « *Si is qui animo possessionem saltus retineret, furere cœpisset, non potest, dum furaret, ejus saltus possessionem amittere* : QUIA FURIOSUS NON POTEST *desinere animo possidere.* » — CUPERUS (p. 1, c. 6, p. 66) soutient qu'il y a exception lorsque le pupille ou l'insensé vendent une chose et que l'acheteur est de bonne foi. (L. 2, §§ 15, 16, *pro empt.*) : mais ce texte dit seulement que dans un cas semblable, et par dérogation à la règle, l'usucapion pourra commencer, pourvu, bien entendu, qu'il y ait possession acquise. Sans doute il est clair que cet acte fait passer la possession (*corpore*, non pas *animo*; voy. la note 2 de la p. 340); il n'y a à cela d'exception que pour les immeubles. C'est l'exception que concernent les L. 27 et 29, *de poss.*; et la L. 2, §§ 15, 16, *pro empt.*, ne dit nullement que cette exception ne s'appliquera pas dans l'hypothèse prévue : elle ne s'occupe pas du tout de l'existence de la possession, mais seulement de la possibilité de l'usucapion, la possession étant présupposée. — Même lorsqu'un insensé, matériellement présent sur les lieux, est expulsé de l'immeuble qu'il possède, il n'en perd pas la possession, parce qu'à raison de son état de folie il est assimilé à un absent.

résultat pratique que les jurisconsultes romains auront employé, pour désigner ces deux cas, différents d'ailleurs, une seule et même expression : ANIMO *desinere possidere*.

Nous avons ainsi expliqué et prouvé la règle d'après laquelle la volonté seule peut faire perdre la possession ; nous n'avons plus qu'à ajouter quelques observations relativement à son application. — S'il est évident qu'une déclaration expresse de la volonté du possesseur ne laisse aucun doute sur l'application de la règle, il est tout aussi certain qu'une telle déclaration ne viendra que bien rarement décider la question, car dans presque tous les cas où elle pourrait se présenter, par exemple dans le cas de tradition, la perte de la possession, puisqu'elle a lieu *corpore*, est indépendante d'une déclaration de ce genre (1). Tout dépend donc, comme dans beaucoup d'autres cas, de l'interprétation d'autres actes posés par le possesseur, et d'où sa volonté puisse s'induire. Nous trouvons dans les écrits des jurisconsultes romains plusieurs exemples d'interprétations de ce genre, qui contribuent singulièrement à jeter du jour sur cette matière.

C'est une telle interprétation qui sert de base à ce qu'on appelle *constitutum possessorium*. Celui qui vend une chose et s'en porte en même temps locataire continue à en disposer matériellement comme auparavant, cependant il cesse de la posséder : il faut donc rechercher la cause de cette perte de possession dans une détermination nouvelle de sa volonté. Nous avons vu dans quelles conditions le *constitutum* peut se présenter, lorsque nous l'avons considéré, au § 27, comme cause d'acquisition de la possession : ici il ne nous intéresse qu'en tant

(1) Voyez § 31.

qu'il donne lieu à une perte de possession; mais il est clair que les conditions de cette acquisition et de cette perte sont absolument les mêmes.

Un autre cas, où se présente cette interprétation dont nous parlons, concerne l'action en revendication. C'est une règle connue que cette action ne s'intente que contre le possesseur de la chose (1). Dès lors si le possesseur lui-même la revendique, il semble par là même renoncer à sa possession, de sorte que s'il voulait ensuite revenir à l'*interdictum uti possidetis*, il faudrait le lui refuser. Cependant on décide le contraire (2), et le motif de cette décision gît uniquement dans cette interprétation. Car celui qui revendique une chose prouve par là qu'il veut l'avoir, et il est incontestable que si la qualité de possesseur pouvait se concilier avec celle de demandeur en revendication, il ne demanderait pas mieux que d'avoir dès à présent cette possession que le procès commencé doit lui assurer irrévocablement. S'il est vrai que ces deux qualités ne peuvent se concilier, il n'est pourtant pas nécessaire de présumer une renonciation volontaire à la possession, car le revendiquant peut avoir ignoré sa qualité de possesseur (3), ou ne pas avoir su que cette qualité excluait la voie de la revendication (4). Or, dans ces deux hypo-

(1) Voyez p. 12 et 13.

(2) L. 12, § 1, *de poss.* « ... *non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui cœpit rem vindicare : non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.* » (Voyez p. 34.) Les mots que nous omettons ici ne pourront être expliqués qu'à la section suivante.

(3) C'est à ce cas que la Glose rapporte notre passage (*Glossa in* L. *cit.* et *in* C. 5, X. *de causa poss.*). MERENDA (*controv.* XII, 16) a fort bien développé cette explication, qui n'est pas inexacte, mais incomplète.

(4) L'erreur de droit ne nuit pas ici, car d'abord elle ne peut qu'empêcher une acquisition (L. 7, *de jur. et f. ign.*), tandis qu'ici il s'agit d'éviter une perte; de plus l'axiome *error juris nocet* n'a d'autre but que de dé-

thèses possibles, le possesseur n'ayant certes pas eu l'intention d'abandonner sa possession, il n'y a rien d'où l'on puisse induire avec certitude une telle intention, la possession n'est donc pas perdue, et l'interdit *uti possidetis* peut toujours être invoqué.

En troisième lieu, l'intention de renoncer à la possession peut encore résulter d'une simple omission. L'exploitation des fonds de terre se rattache ordinairement à des époques déterminées de l'année. Lors donc qu'un possesseur a, pendant un certain nombre d'années, négligé de cultiver son fonds, il est permis de présumer qu'il a *voulu* en abandonner la possession. Il est en effet fort peu probable qu'il ait oublié cette possession. Que sa conduite soit d'ailleurs le résultat d'une volonté arrêtée, qu'elle ne découle que d'une simple négligence, ou qu'un voyage, par exemple, lui ait paru plus important, tout cela est indifférent au point de vue de la possession, puisque cela ne ferait que modifier les motifs de sa détermination, sans rien changer à cette dernière. Dans tous ces cas, la volonté se fixe librement et en pleine connaissance de cause sur un fait qui rend impossible l'exercice de la possession ; il faut par conséquent y voir aussi une renonciation à cette dernière (1). Supposons, au contraire, que le possesseur, en agissant ainsi, n'ait pas agi librement,

clarer qu'on ne pourra excuser celui qui, par suite d'une erreur de ce genre, aura violé une règle de droit : ici il s'agit uniquement d'interpréter un acte, de trancher une question de fait.

(Note de la 7e éd.) Voyez *Système du droit romain*, III, 363-366 (note manuscrite de l'auteur).

(1) L. 37, § 1, *de usurp.* (cf. § 7, I. *de usuc.*) « *Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem ; quæ vel* EX NEGLIGENTIA DOMINI VACET, *vel quia dominus sine successore decesserit,* VEL LONGO TEMPORE ABFUERIT. » Il faut du reste que la négligence ou l'absence du possesseur ne laisse pas seulement la chose sans surveillance, mais qu'elle la laisse en réalité sans possesseur : c'est ce qui résulte non-

mais sous l'empire de la crainte, il est évident qu'alors nous ne pourrions plus raisonner de la même manière : il n'y aurait là aucune intention d'abandonner la possession; celle-ci ne serait donc pas perdue (1). La conservation de la possession est encore plus évidente lorsque l'usage à faire de la chose possédée est tel, qu'il ne puisse se reproduire que périodiquement. Celui qui ne s'en occuperait guère pendant les intervalles ne manifesterait aucunement par là l'intention d'en abandonner la possession. C'est pour cette raison que les jurisconsultes romains, lorsqu'ils veulent expliquer les règles spéciales sur la conservation de la possession des immeubles, prennent presque toujours pour exemple les *saltus hiberni*-et *æstivi* (2). Ces pâturages restant abandonnés pendant une moitié de l'année, et cette circonstance, qui résulte de leur nature particulière, excluant naturellement l'*animus derelinquendi*, il n'est pas nécessaire de faire observer

seulement de l'expression *vacans possessio*, mais aussi de ce que, sans cela, l'occupation par un tiers n'aurait pu donner naissance à une possession nouvelle. — Nos jurisconsultes, par exemple Cuperus (p. 65, 66), ont ordinairement considéré cette décision comme quelque chose de tout spécial, ce qui n'est pas ; ils ont même quelquefois voulu préciser l'époque à laquelle il faudra commencer à considérer la possession comme perdue. (Voyez Appendice, n° 113.)

(1) L. 4, C. *de poss.* « *Licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest. Si ergo prædiorum desertam possessionem* NON DERELINQUENDI AFFECTIONE *transacto tempore non coluisti, sed* METUS NECESSITATE *culturam eorum distulisti :* PRÆJUDICIUM TIBI *ex transmissi temporis injuria* GENERARI NON POTEST, » donc aussi, la possession ne sera pas perdue. Il va sans dire qu'il doit ne pas y avoir eu de *dejectio*, car alors la possession serait déjà perdue *solo corpore*. On peut donc supposer un fonds très-éloigné qu'une guerre, par exemple, aurait empêché le possesseur de cultiver.

(2) L. 1, § 25, *de vi :* « *Quod vulgo dicitur, æstivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere : id* EXEMPLI CAUSA *didici Proculum dicere...* » (p. 331).

dans chaque cas spécial que cet *animus* ne saurait être présumé dans l'espèce.

§ 33.

CONSERVATION DE LA POSSESSION PAR L'INTERMÉDIAIRE D'UN TIERS.

Ce qui nous reste à dire relativement à la continuation de la possession concerne les tiers, ou les représentants par l'intermédiaire desquels nous pouvons la conserver, tout aussi bien que nous avons pu l'acquérir.

Ici se présentent de nouveau les trois questions que nous avons déjà examinées plus haut (1) à propos de l'acquisition de la possession; seulement l'ordre dans lequel nous les examinerons maintenant doit être un peu modifié.

Quelles sont, en premier lieu, les conditions qui doivent se rencontrer dans la personne du possesseur pour que la possession lui soit conservée, et comment celle-ci pourrait-elle, d'un autre côté, se perdre uniquement du chef du possesseur? — En ce qui concerne le pouvoir physique de disposer de la chose, il est clair que la perte de ce pouvoir dans le seul chef du possesseur, à l'exclusion du représentant, ne pourra faire cesser la possession. En effet, celui qui a donné un fonds en location n'en perd pas la possession alors même qu'un tiers l'en chasserait lui personnellement, puisqu'il continue à en disposer par l'intermédiaire de son locataire (2). — Pour l'*animus possidendi*, il en est tout autrement. Celui qui fait exercer sa possession

(1) Voyez p. 288.

(2) L. 1, § 45, *de vi* « ... *Si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto experiri : quia* PER EOS RETINEO POSSESSIONEM QUI DEJECTI NON SUNT. » (P. 265, 266.)

par un tiers peut fort bien la perdre par un simple acte de sa volonté : *animus non possidendi.*

En second lieu, la relation existant entre le possesseur et celui qui le représente peut ici, comme lorsqu'il s'agit d'acquisition de possession, consister en un lien d'autorité légale (1), ou bien n'être qu'une mission librement acceptée (2). Cette mission alors, comme dans le cas d'une acquisition, n'exige aucune forme juridique particulière; et si le lien représentatif peut se perpétuer par l'intermédiaire de plusieurs personnes, ce n'est pas là non plus une circonstance spécialement propre à la continuation de la possession, quoiqu'elle se présente ici plus fréquemment que lorsqu'il s'agit d'une première acquisition. Ainsi le fermier peut sous-louer la chose, le dépositaire peut la déposer entre les mains d'un tiers, et la possession antérieure continuera toujours de la même manière (3). D'un autre côté, le bailleur peut vendre sa chose à un tiers, la reprendre ensuite lui-même à titre de bail, et la possession, exercée par l'intermédiaire d'un représentant,

(1) Quant aux esclaves, il faut remarquer qu'ils font continuer, même malgré eux, la possession au profit de leur maître, par exemple, même s'ils voulaient lui voler la chose. L. 15, *de poss.* — Une application remarquable de ce principe à la possession d'un gage se trouve à la L. 33, § 6, *de usurp.* et à la L. 40, pr. *de poss.*

(2) L. 9, *de poss.* : « *Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessionem (possessione), veluti procurator, hospes, amicus, nos possidere videmur.* »

(3) L. 30, § 6, *de poss.* Il faut, bien entendu, supposer que le fermier n'ait pas voulu s'approprier la possession de la chose en la sous-louant : alors, sans doute, la possession pourrait être perdue ; mais cela rentre dans le troisième point à examiner. Quand au contraire le fermier n'agit pas dans cette intention, le maintien de la possession ne saurait faire l'objet d'un doute, alors même que cette sous-location serait d'ailleurs illégale, contraire, par exemple, à la loi du contrat, ou constituant un *furtum* usus; c'est ce dernier cas que prévoit la L. 54, § 1, *de furtis;* elle n'exclut donc nullement la continuation de la possession.

peut se transporter ici, comme toute autre possession, par un simple *constitutum* (1). — La seule cessation du lien juridique entre le possesseur et le tiers qui le représente n'a pas pour effet de faire cesser la possession (2).

En troisième lieu, et c'est ici le point le plus important, que faut-il que le représentant fasse pour que la possession continue? En d'autres termes, comment la possession pourrait-elle venir à se perdre uniquement de son chef? — Cette perte peut se concevoir de deux manières différentes. Il se peut, en premier lieu, que le représentant veuille acquérir lui-même la possession de la chose qu'il détenait jusque-là pour autrui : ce serait la perte au profit du représentant. Il se peut, en second lieu, que cette possession soit acquise par un tiers ou même qu'elle soit perdue sans que personne l'obtienne; nous l'appellerons la perte dans le chef du représentant. Nous verrons, plus loin, pourquoi nous devons opposer ainsi l'un à l'autre ces deux cas.

La perte de la possession au profit du représentant présente le moins de difficulté. Le représentant, comme tel, n'a pas l'*animus possidendi,* mais il dispose physiquement de la chose comme un possesseur. Il ne peut donc, sans une nouvelle détermination de sa volonté, faire cesser la possession antérieure, tandis que par une telle détermination il devrait pouvoir immédiatement, et sans poser aucun acte nouveau, acquérir la possession, comme cela a lieu dans la *traditio brevi manu* (3). — Le premier point ne soulève aucun doute. Tant que le représen-

(1) Voyez notre § 27. — Plusieurs auteurs, par exemple MERENDA (*Contr.* III, 21), nient cette proposition; cela s'explique facilement par l'idée fausse qu'on se fait généralement du *constitutum*.

(2) L. 60, § 1, *locati*.

(3) Voyez p. 225.

tant ne veut pas devenir possesseur, il ne saurait être question de ce mode de perdre la possession, même si la restitution de la chose possédée était refusée par quelque autre motif :

L. 20, *de poss.*

« *Si quis rem quam utendam dederat vendiderit, emptorique* « *tradi jusserit, nec ille tradiderit : alias videbitur possessionem* « *domini* (1) *intervertisse, alias contra. Nam nec tunc quidem* « *semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei com-* « *modatum non redditur : quid enim si alia quæpiam fuit justa* « *et rationabilis causa non reddendi* (2)? *non utique ejus rei pos-* « *sessionem intervertit* (3). »

Par contre, l'*animus possidendi* devrait, d'après les règles générales sur l'acquisition de la possession, être à lui seul suffisant pour transformer le représentant en véritable possesseur; mais cette règle ne doit jamais recevoir ici d'application pure et simple. — D'abord quant aux immeubles, ici comme ailleurs le possesseur n'en perd la possession que du moment qu'il sait qu'il n'a plus la faculté d'en disposer (4). Ajoutons que la règle : *nemo sibi causam possessionis mutare potest* (5) s'y oppo-

(1) Telle est la leçon de plusieurs manuscrits de Paris et de plusieurs manuscrits dans Gebauer, puis des éditions suivantes : *Rom.* 1476, *Nor.* 1483, et ainsi de suite ; le texte florentin porte « *possessione dominum.* »

(2) Comp. L. 12, in f. *de vi ;* une telle *justa causa* serait, par exemple, le *jus retentionis* résultant de l'*actio commodati contraria.*

(3) *Nor.* 1483, HAL. — Et de même avec une transposition insignifiante (*possessionem ejus rei*) dans l'édition *Ven.* 1485. — Les Pandectes florentines et les autres manuscrits portent : « *non utique ut possessionem ejus rei interverteret.* »

(4) Voyez p. 332.

(5) Voyez notre § 7, p. 50.

serait et qu'un passage des Pandectes est aussi conçu dans le même sens (1). — Quant aux meubles, il en est de même. Ici encore la règle : *nemo sibi causam*, etc., ferait obstacle. De plus, un motif particulier, que nous ne pourrons indiquer qu'à la section suivante, fit admettre que le représentant ne pourrait être considéré comme possesseur que lorsqu'il aurait en même temps commis un *furtum*. Or, pour qu'il y ait *furtum*, par conséquent pour produire cette acquisition de la possession de meubles, il faut *contrectatio*, action physique sur la chose en vue de la soustraire au propriétaire (2). On pourrait, il est vrai, admettre que, dans cette hypothèse, le représentant n'est pas encore devenu possesseur, et que néanmoins celui qu'il représente a perdu la possession, puisque en effet la faculté de disposer de la chose lui est enlevée par la seule détermination de la

(1) L. 12, *de vi* : « ... *quem dejecisse* TUNC *videretur, cum emptori* POSSESSIONEM NON TRADIDIT. »

(2) L. 1, § 2, *de furtis* : « *Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur : sed ita, si intercipiendi causa* OCCULTAVERIT. » — L. 67, pr. *eod.* : « *Infitiando depositum, nemo facit furtum ; nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est. Sed si* POSSESSIONEM EJUS APISCATUR INTERVERTENDI CAUSA, *facit furtum. Nec refert, in digito habeat annulum, an dactyliotheca, quem cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit.* » Il en résulte donc que la seule *infitiatio* ne constitue pas un *furtum ;* en second lieu, que le *furtum* et l'acquisition de la possession vont toujours ensemble, et que la seule *infitiatio* ne saurait faire acquérir la possession, et c'est là l'essentiel. En troisième lieu, ce passage cite deux exemples où il ne s'agit ni de *furtum* ni de possession acquise. Pour la *dactyliotheca* et pour l'*annulus in digito*, cela est évident : il y a bien là contact physique, mais il n'y a pas détournement en vue de s'approprier la chose, ce qui dans le passage précédent était exprimé par le mot *occultaverit*. AVERANIUS (*interpr.* I, 28, § 12) a méconnu le sens de ce passage, comme si l'on y admettait à la fois *furtum* et acquisition de possession. De même avant lui la Glose, qui indiquait aussi déjà la leçon « *datus hypothecæ.* »

volonté du représentant. La chose serait donc provisoirement sans possesseur (1). Mais c'est précisément pour ce motif qu'il est fort naturel qu'on ait ajouté une seconde exception à la première, en sorte que non-seulement le commencement de la nouvelle possession (celle du représentant), mais aussi la perte de la possession antérieure, dépendent de la réunion des conditions qui constituent le *furtum* (2). Toutefois cette exception ne doit

(1) C'est à cela que se rapporte la L. 47, *de poss.*, dont voici le contenu : « La possession d'une chose de ce genre est perdue dès que le dépositaire a l'intention de la posséder pour lui-même; cela n'empêche cependant pas que le dépositaire puisse fort bien ne pas acquérir cette possession, car dans d'autres cas encore la possession de choses mobilières peut se perdre sans qu'un autre l'acquière. Le principe ne reçoit exception que lorsqu'il s'agit d'esclaves, à cause de l'*animus revertendi* qui peut s'y présenter : là, la possession du *deponens* continue jusqu'à ce que le dépositaire commence à posséder par suite d'un véritable *furtum*. » (Cette possession nouvelle commençant, il faut nécessairement que l'autre cesse : *plures eandem rem*, etc.)

(2) L. 3, § 18, *de poss.* : « *Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere : sed si eam loco non moveris, et* (*al.* ETIAMSI) *infitiandi animum habeas, plerique veterum, et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere : quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo* (SOLO) *furtum admittatur* (*al.* COMMITTITUR). » Le passage est clair, mais comment le concilier avec la L. 47, *de poss.* dont nous avons parlé à la note précédente? Voici le seul moyen de conciliation : Papinien rapporte dans la L. 47 qu'il existait aussi des *responsa* dans le sens de l'autre opinion (*responsum est*); cela résulte d'ailleurs aussi de la présente loi (*plerique responderunt*). En même temps il cherche les motifs de cette autre opinion (*cujus rei forsitan illa ratio est*); mais il ne se prononce pas lui-même. — Voici comment on concilie ordinairement ces deux lois : Papinien dit : « *Si.. tibi possidere... constitueris : confestim amisisse me possessionem*, » c'est-à-dire en supposant qu'il y ait eu aussi *contrectatio*. Cette explication pourrait à la rigueur convenir au commencement du passage, mais tout ce qui suit n'aurait aucun sens (voyez la note précédente). Elle se trouve du reste déjà dans la glose et chez les auteurs suivants : DUAREIN, *in* L. 3, § 18, *de poss.* (*opp.*, p. 861). — MERENDA, *in contr.* L. 2, C. 21. —

absolument pas être étendue au delà du cas pour lequel elle est faite ; elle ne concerne que la possession exercée par un tiers, et qui se perd par l'infidélité du représentant (1).

Cette infidélité du mandataire ne fait donc perdre la possession des immeubles que lorsqu'elle est parvenue à la connaissance de celui qui les possédait jusqu'alors ; elle ne fait perdre la possession des meubles que si elle renferme tous les éléments du vol : *furtum*.

Jusqu'ici nous avons parlé du cas où la possession se perd au profit de celui qui représente le possesseur ; il nous reste à parler du cas où elle se perd dans le chef même de ce représentant, c'est-à-dire où le représentant lui-même cesse d'avoir la chose en son pouvoir, et d'assurer par là la possession qui lui était confiée. Les cas qui rentrent dans cette hypothèse étaient en partie déjà tellement controversés parmi les jurisconsultes romains, qu'il sera bon, afin d'assurer nos résultats, de limiter autant que possible l'objet de la discussion. — Or, le cas que nous avons à examiner peut se présenter dans des conditions telles, que la possession eût été perdue même si elle n'avait pas été exercée par l'intermédiaire d'un représentant. Une telle perte

AVERANIUS, *in interpr.* L. 1, C. 28. §§ 19, 20 (t. 1, p. 323). (Voyez Appendice, n° 114.) — Cette controverse des anciens jurisconsultes tient aux deux écoles rivales : l'opinion que la L. 47 se borne à citer est celle des Proculéiens ; l'opinion que la compilation de Justinien consacre (L. 3, § 18, *de poss.*) est celle des Sabiniens. HUGO, *Civilist. Magazin*, vol. 5, p. 123. (Voyez Appendice, n° 115.)

(1) CUPERUS (p. 2, c. 33) a singulièrement méconnu le sens de cette règle ; voici comment il paraît la comprendre : « Partout où l'on peut supposer un *furtum*, ce sont les conditions de ce vol qui déterminent aussi la perte de la possession. » Il tire de cette règle tout à fait inexacte la conclusion, parfaitement juste d'ailleurs, que la L. 3, § 3, *de poss.* ne saurait parler seulement d'un trésor appartenant à autrui (voyez, plus haut, p. 216, à la note).

de possession ne saurait soulever de doute, cette hypothèse doit donc être complétement écartée de la discussion. Ainsi lorsqu'un fermier vend le fonds loué, que l'acheteur l'occupe et que le possesseur antérieur n'ose pas l'en chasser (1), il est certain que la possession est, dès ce moment, perdue. Il en est de même lorsque le représentant perd une chose mobilière de telle sorte que ni lui ni le possesseur ne puissent la retrouver (2); ou encore, lorsqu'il remet la chose à un tiers qui met fin à la possession antérieure, comme le ferait un voleur, peu importe que celui qui était jusqu'alors possesseur en ait connaissance ou non (3). Du reste, dans beaucoup de ces cas; le représentant sera lui-même déjà devenu possesseur (4), et alors il est hors de doute qu'il peut aliéner la possession. La question peut donc se ramener aux termes suivants : la possession peut-elle se perdre du chef du représentant, alors qu'elle n'eût pas été perdue si le possesseur l'avait exercée lui-même (5)?

Or, la détention ou possession naturelle, qu'avait jusque-là le représentant, peut cesser de deux manières : contre son gré ou avec son assentiment.

Le premier cas est encore une fois à l'abri de toute discussion. En effet, si c'est un acte de violence qui vient expulser le représentant, il est certain que la possession sera perdue, quand même le possesseur n'en aurait pas encore connaissance (6). Par

(1) Voyez p. 332, 333.
(2) Voyez p. 326.
(3) Voyez p. 324.
(4) Voyez p. 350.
(5) Cette question se présentera donc pour les choses mobilières bien plus rarement qu'à propos d'immeubles.
(6) L. 1, § 22, *de vi* : « *Quod servus vel procurator, vel colonus tenent, dominus videtur possidere : et ideo his dejectis ipse dejici de possessione*

contre, elle continue évidemment si le représentant, sans l'intervention d'une violence étrangère, devient incapable d'exercer la possession, par exemple s'il vient à mourir ou à perdre la raison (1), et cela s'applique aux meubles comme aux immeubles.

Il nous reste à examiner le dernier cas, celui où le représentant lui-même fait cesser volontairement le pouvoir qu'il avait de disposer de la chose. Ce cas peut encore se subdiviser en deux hypothèses :

A. Il se peut que personne n'acquière la détention ou la possession naturelle. — Ici quelques jurisconsultes ont peut-être considéré la possession comme perdue. L'existence de cette opinion ne peut cependant se prouver, quoiqu'on l'admette généralement; plusieurs passages, qui décident le contraire, ne signalent à cet égard aucune controverse (2). Tout dépend de l'interprétation du passage suivant (3) :

L. 40, § 1, *de poss.*

« *Si... colonus... decessisset... non statim dicendum, eam*

videtur, etiam si ignoret eos dejectos, per quos possidebat. » En effet l'interdit peut immédiatement être invoqué; le fonds, en sa qualité de *fundus vi possessus,* est soustrait à l'usucapion, et dès lors la conséquence signalée, c'est-à-dire la perte de la possession, ne pourra soulever de graves inconvénients.

(1) L. 60, § 1, *locatt.* — L. 25, § 1, *de poss.* L. 40, § 1, *de poss.* — Il ne pourra y avoir quelque doute que sur les exceptions signalées dans le dernier de ces textes : « *cum dominus possessionem apisci neglexerit* » et : « *si nemo extraneus :* » mais la première peut se ramener à des cas analogues (p. 344 et suiv.), et la seconde se rapporte à la controverse dont nous allons parler.

(2) L. 3, § 8; L. 44, § 2, *de poss.* — L. 7, pr., *pro emptore.* — L. 31, *de dolo.*

(3) L'argument *a contrario* par lequel on veut prouver l'existence de cette controverse au moyen d'un autre texte (L. 31, *de poss.* « ... *si* NON

« (*sc. possessionem*) *interpellari*... IDEM (1) EXISTIMANDUM *ait, si* « *colonus sponte possessione discesserit. Sed hæc ita esse vera,* « *si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in* « *hereditate coloni manserit.* » S'il faut lire *aliud*, la controverse ne saurait être niée ; au contraire, si on lit *idem*, il n'y a aucune raison de l'admettre. L'ensemble du passage appuie cette seconde leçon. Les mots « *sed hæc ita esse vera* » embrassent alors les deux propositions précédentes, tandis qu'en adoptant la leçon *aliud*, ils se rapporteraient d'une manière assez forcée au membre de phrase le plus éloigné. La première leçon a pour elle les mots : « *sed semper in hereditate,* » etc. Toutefois ces mots peuvent aussi s'expliquer en adoptant la deuxième leçon. (Voyez Appendice, n° 116.)

B. Il se peut, en second lieu, que la possession naturelle soit acquise à un tiers. Dans cette hypothèse, la tradition n'est qu'un cas spécial ; les jurisconsultes romains considèrent ici, à juste titre, comme tout à fait indifférent, que la possession naturelle passe au tiers immédiatement, au moyen de la tradition, ou qu'il ne l'obtienne que d'une manière médiate en occupant une chose que le représentant aurait abandonnée sans s'inquiéter d'un nouveau possesseur. — Dans ce cas, la plupart des auteurs considéraient la possession comme perdue (2) ; cependant le

deserendæ ») n'est pas très-convaincant, parce que nous ne savons absolument pas dans quel contexte se trouvait ce passage.

(1) *Glossa* : « *alias* ALIUD... *alias idem* » (GIPHANIUS, *in lect. Alt.*, p. 535). — Le texte florentin porte *aliud* et de même les éditions imprimées. La plupart des manuscrits de Paris ont *aliud*, mais six d'entre eux lisent *idem*, de même mon manuscrit et ceux de Metz et de Leipzig. — Dans GEBAUER on ne trouve ici, comme de coutume, aucune trace d'une variante.

(2) L. 40, § 1 ; L. 44, § 2, *de poss.* — L. 33, § 4, *de usurp.* (Voyez Appendice, n° 117.)

passage suivant décide bien positivement le contraire (1) :

L. 3, §§ 6, 7, 8, 9, *de possessione.*

« *In amittenda quoque possessione affectio ejus, qui possidet* « *intuenda est. Igitur, etc., etc.* — *Sed et si animo solo possi-* « *deas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides.* — *Si quis* « *nuntiet domum a latronibus occupatam, et dominus, timore con-* « *territus, noluerit accedere : amisisse eum possessionem placet.* « *Quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam,* DECES- « SERINT DISCESSERINTVE, *animo* (2) *retinebo possessionem* (3). — « *Et si alii tradiderim* (4), *amitto possessionem. Nam constat* « *possidere nos, donec aut nostra voluntate* DISCESSERIMUS, *aut vi* « *dejecti* FUERIMUS (5). » — Paul parle ici de la perte de la possession des immeubles (ce n'est qu'au § 13 de cette loi qu'il est question des meubles) : « L'*animus* du possesseur (6), dit-il,

(1) La L. 32, § 1, *de poss.*, ne concerne pas ce point ; elle dit seulement que le représentant ne peut transférer la possession *quasi ex constituto.* — (CUPERUS, p. 2, c. 40.) Ce principe important, que l'analogie d'autres textes confirme, n'est pas contredit par la L. 21, § 3, *de poss.* (« *Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit : possessio ad dominum revertitur.* ») Car le *rogans* est ordinairement lui-même possesseur (p. 285) et ne gère donc pas la possession d'autrui.

(2) *Cod. Rehd. Edd. Rom.* 1476, *Ven.* 1485, *Ven.* 1494, *Lugd.* 1509, 1513, *Paris,* 1536 : « *possidebam,* DECESSERIT VEL *animo.* » — *Nor.* 1483, HAL. « *possidebam, discesserit.* (HAL. *discesserint*) *vel animo.* » — Les manuscrits portent *decesserit* ou *decesserint, discesserit* ou *discesserint,* jamais ils n'ont la leçon florentine complète telle que nous la donnons ci-dessus. (Voyez Appendice, n° 118.)

(3) Sans distinguer si une *occupatio* de la part d'un tiers a suivi le *discessus,* ou non.

(4) *Edd. Rom.* 1476, *Nor.* 1483, *Ven.* 1485, *Ven.* 1494, *Lugd.* 1509, 1513. HAL. *Paris,* 1514, 1536 « SED *si alii* TRADIDERIT » (HAL. *tradiderint*).

(5) HAL. « *discesserint... fuerint.* » Le résultat est à peu près le même, mais la liaison n'est pas aussi claire. (Voyez Appendice, n° 119.)

(6) *Animus* désigne ici, comme en général, deux idées distinctes (p. 341).

a ici une importance déterminante, » et cette règle se trouve développée dans une série d'exemples : *a*. Le seul *animus non possidendi* fait perdre la possession. *b*. La seule occupation par un tiers ne fait pas perdre la possession. *c*. Mais lorsque le possesseur apprend ce fait, et n'ose pas maintenir de force sa possession, celle-ci se perd à l'instant. *d*. Lorsque l'esclave ou le fermier par lequel nous exerçons notre possession vient à mourir ou délaisse volontairement la chose, notre possession n'en continue pas moins. *e*. Lorsque le possesseur lui-même opère la tradition, la possession cesse (1). — Toutes ces décisions particulières sont comprises ensuite dans cette règle générale : « Nous ne perdons la possession d'un immeuble que par un acte de notre volonté ou par une *dejectio*. » Cette conclusion prouve l'exactitude de la leçon florentine, et par suite aussi celle de notre explication.

Nous avons donc, en général, distingué deux cas : dans le premier, le représentant avait seulement abandonné la possession naturelle de la chose ; dans le second, un tiers s'en était emparé. Sur le premier point il y avait peut-être, sur le second il y avait certainement controverse parmi les anciens jurisconsultes. — En vue de cette controverse, Justinien a porté une constitution (2) qui décide que « l'infidélité du représentant *ne nuirait pas* (3)

(1) Plusieurs auteurs ont contesté la leçon « *tradiderim* » parce qu'alors la proposition serait trop évidente pour que Paul eût dû l'exprimer formellement. Mais d'abord il ne s'agissait que de mettre en rapport avec une règle générale plusieurs décisions en partie très-connues ; ensuite il y avait même en matière de tradition des cas où il n'était pas du tout superflu de dire et de prouver que la possession était perdue : voyez L. 17, § 1, *de poss.* (p. 165). (Voyez Appendice, n° 120.)

(2) L. 12, C. *de poss.*

(3) Quelques-uns ont compris ces mots dans le sens d'un simple droit de se faire rendre l'objet ; mais d'abord un tel droit n'existe pas d'après

au possesseur » (ne ferait donc pas cesser la possession) : or, il s'agit de savoir si cette constitution concerne seulement le premier cas, ou si elle les concerne tous les deux (1)?

Je pense qu'il faut décider cette question dans le dernier sens, et j'ai pour cela les motifs suivants :

A. Il n'est nullement prouvé que la controverse des anciens jurisconsultes concernait aussi le premier cas (2), et cependant Justinien veut trancher une controverse.

B. Il est, au contraire, certain que la controverse concernait le second cas (3), et si la constitution de Justinien ne s'y rapportait pas, cette controverse resterait d'une manière inexplicable sans décision, alors que le second cas se rattache cependant si intimement au premier.

C. Les mots :

« ... *definimus, ut, sive servus, sive procurator... corporaliter* « *nactam possessionem* DERELIQUERIT, VEL ALII PRODIDERIT, *desidia* « *forte vel dolo,* UT LOCUS APERIATUR ALII EANDEM POSSESSIONEM « DETINERE : *nihil penitus domino præjudicii generetur, etc.* »

désignent évidemment chacun des deux cas séparément; il faudrait leur donner un sens tout à fait forcé, bien insignifiant et superflu, s'ils n'avaient pas en vue d'exprimer cette opposition : d'autant plus que déjà les anciens jurisconsultes ne distinguaient pas ici entre la tradition et l'abandon suivi d'occupation.

les principes généraux, et il ne s'agit pas ici de créer un nouveau moyen légal d'action judiciaire ; en second lieu, on ne pourrait pourtant alors nier qu'il n'y ait préjudice causé.

(1) Personne ne peut douter qu'elle ne concerne le premier cas, qui est du reste complétement renfermé dans le second.

(2) Voyez p. 354.

(3) Voyez p. 355.

D. Enfin remarquons la répétition générale conçue dans ces termes :

« *Hoc enim tantum sancimus, ut dominus* NULLO MODO *aliquod* « *discrimen sustineat* AB HIS QUOS TRANSMISERIT... »

D'après l'autre opinion, ce serait précisément le fait du représentant qui causerait la perte de la possession, puisque la seule occupation d'un immeuble, sans que le possesseur en ait connaissance, ne saurait amener cette perte.

Les glossateurs déjà discutaient beaucoup sur l'interprétation de ce passage (1). Ils soutenaient, de même que les interprètes modernes, deux opinions principales. La première, celle que nous avons adoptée, admet la continuation de la possession sans distinguer si le représentant se borne à abandonner la chose, ou s'il la remet à un tiers (2). La seconde n'admet la continuation de la possession que dans le premier cas (3). Ces

(1) *Glossa in* L. 12, C. *de poss.* — AZO *in* L. 12, C. *de poss.* (*lectura*, p. 570). — AZO *in Summa, tit. de poss.*, n° 15 (fol. 135). — PLACENTINUS *in Summa, tit. de poss.* (p. 332). — ROGERIUS *de antinomicis sententiis*, p. 198 (à la suite de PLACENTIN *de var. act. ed. Mog.* 1530, 8). — ROFFREDUS *in tract. jud. ord.*, p. 428, 429. — ODOFREDUS *in* L. 3 et L. 40, D. *de poss* (f. 56, 65) et *in* L. *fin.* C. *eod.* (f. 108). — Les jurisconsultes de la période suivante sont cités en grand nombre dans MENOCH, *de recup. poss. remed.* 14, *num.* 17-23.

(2) GIPHANIUS *in* L. 12, *de poss.* (*lect. Alt.*, p. 536; peu auparavant, p. 423 et 424, il était d'avis contraire). MERILLIUS *in* 50 *decisiones* (opp., P. 2, p. 130). — VINNIUS *in* § 5, I. *de interdictis.* — MYLIUS *in diss. ad* L. *f.* C. *de poss. Lips.*, 1690. — OPPENRITTER *in decis. imp. Synt., cont.* 50 *imper. Justin. decis., Viennæ*, 1735, 4 (p. 792-794). (Voyez Appendice, n° 121.)

(3) CUJAS *in* L. 3, §§ 8, 9, *de poss.* (opp. VIII, 258; cf. V, 711; IX, 1018). — A. FABER *de err. pragm.* IV, 2. — RAMOS *de poss.* P. 2, C. 1, § 12 (MEERM., t. 7, p. 97). — CUPERUS *de poss.* P. 2, C. 39. — FLECK *de poss.*, p. 112, 113, *de interd. unde vi*, p. 77-80. — THIBAUT *Ueber Besitz*, § 23. (Voyez Appendice, n° 122.)

deux opinions subissent d'ailleurs chez les glossateurs, comme chez les jurisconsultes postérieurs, diverses modifications, qui proviennent, dans la plupart des cas, d'une connaissance insuffisante des sources.

Le passage que nous venons de citer concerne du reste les meubles comme les immeubles, *possessionem cujuscunque rei*; seulement, quant aux meubles, les conditions d'application feront presque toujours défaut (1).

(1) Voyez p. 353, note 5.

SECTION QUATRIÈME.

DES INTERDITS.

Les sources principales sur cette matière sont les titres *de interdictis* aux Institutes, aux Pandectes et au Code. Il faut maintenant y ajouter GAIUS, IV, §§ 138 et suiv. (Voyez Appendice, n° 123.)

Les auteurs à consulter sont les suivants :

ROFFREDI *Tractatus judiciarii ordinis, Colon.* 1591 f°. — A notre matière se rapportent: *Pars* 2, *de interdictis* (p. 62-109) et *Pars* 8, *de constitutionibus quibus violentiæ puniuntur* (397-435). — Cet écrit n'est pas aussi important que les autres ouvrages de cette période; c'est moins une étude théorique qu'un ensemble de règles pratiques et de formules d'actions.

MENOCHIUS *de adquirenda, retinenda et recuperanda possessione* (les deux premières sections *Colon.* 1557, l'ouvrage entier

Colon. 1577, puis encore de nombreuses éditions, par exemple, *Colon.* 1624 f°). La date de l'édition originale, de Venise, ne m'est pas connue. C'est un ouvrage de pratique, destiné à reproduire tout ce qu'on a écrit de bon et de mauvais sur cette matière. On y cherche en vain une théorie propre; mais la compilation n'est pas mauvaise, de sorte que l'ouvrage peut présenter de l'utilité comme assemblage de matériaux.

DONEAU, XV, 32-38, et *in Cod.* VIII, 4, 5, 6, 9. Voy. l'introduction.

FRIDERUS MINDANUS *de interdictis*. Voy. l'introduction.

RETES *de interdictis*. Voy. l'introduction.

HAUBOLD *Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss.* Vol. 3, p. 358, s.

L'écrit le plus important est aujourd'hui celui de

HOLLWEG *Handbuch des Civilprocesses*. Vol. 1, Bonn, 1834, § 37. (Voyez Appendice, n° 124.)

§ 34.

NOTION DES INTERDITS.

Toute possession est protégée par des interdits; nous aurons donc, avant tout, à préciser la notion des interdits.

L'essence de l'*actio* consistait en ce que le préteur annonçait dans son édit, non pas qu'il ferait telle et telle chose, mais qu'il désignerait un *judex* pour décider le point en litige, et qu'il l'instruirait en conséquence : *judicium dabo*. Cependant il ne procédait ainsi que lorsqu'on discutait sur un point de fait; s'il ne s'agissait que d'une question de droit, ou si quelqu'un avait lésé d'une manière évidente et arbitraire le droit de l'adversaire, ou bien encore si le défendeur reconnaissait en présence du préteur le bien-fondé de l'action, *confessio*, le préteur ne désignait

pas de *judex*, mais prononçait immédiatement lui-même sur l'objet de la contestation (1).

Pour les interdits, il en était tout autrement. Ici l'Édit lui-même ne parlait jamais d'un *judex*, mais toujours d'un ordre ou d'une prohibition immédiate du préteur : *veto, exhibeas, restituas* (2). Lorsqu'un cas de ce genre se présentait, le préteur, sans exiger de preuve préalable, prononçait aussitôt l'ordre prévu dans l'Édit, mais en présence des deux parties (3), de sorte que cette procédure avait quelque ressemblance avec celle que l'on connaît en Allemagne sous le nom de *Mandatsprocess* (4). Deux

(1) C'est le cas d'un acte évidemment injuste, sans discussion aucune sur un point de fait, et propre par conséquent à être immédiatement décidé, que prévoient la L. 3, §§ 1, 2; la L. 5, § 10, *de op. novi nunc.* Comp. TACITE *Ann.* XI, 6 : « *Suilius et Cossutianus et ceteri qui* NON JUDICIUM, QUIPPE UT IN MANIFESTOS, *sed pœnam statui videbant*, etc. » — Le cas de la *confessio* est prévu au Digeste XLII, 2 — au Code VII, 59, — dans PAUL, II, 1, § 5.

(2) *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.*, vol. 3, p. 306, 367. — C'est ce que veut dire GAIUS au § 139 : « *prætor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis proponit.* » Comp. *Zeitschr.* vol. 3, p. 305, 366.

(3) HOLLWEG, p. 384 (modification faite dans la 6e édition).

(4) La comparaison avec le *summarissimum* est moins exacte. HUBER *prælect.* Lib. 43. *epilog.*

Nous croyons devoir dire ici quelques mots sur cette procédure du *Mandatsprocess*. Si l'objet de la demande est d'une importance minime, ou qu'il y ait péril en la demeure, ou que la demande paraisse à première vue parfaitement justifiée, et dans d'autres cas semblables, on s'écarte du principe : *audiatur et altera pars*. Le juge ordonne (*mandat*) au défendeur de s'exécuter ; celui-ci peut, dans un délai déterminé, opposer les exceptions qu'il croit pouvoir faire valoir contre le droit allégué par le demandeur, après quoi la procédure ordinaire reprend son empire. Il va sans dire que cette dérogation au droit de tout défendeur, d'être entendu avant qu'il soit prononcé contre lui, ne se conçoit guère que dans la procédure par écrit, encore en vigueur en Allemagne. (Note du traducteur.)

hypothèses pouvaient alors se présenter : ou bien le défendeur reconnaissait le droit du demandeur, et de ce moment tout était terminé (1) ; ou bien il le niait, ou même opposait des exceptions à l'action du demandeur : alors on nommait un *judex* ou un *arbiter* (2), et ce qui avait d'abord pris la forme d'un ordre du préteur se transformait en une instruction pour le *judex* : *formula* (3).

Les interdits pouvaient donc fort bien produire exactement le même résultat que les actions ; la différence alors consistait plutôt dans la forme que dans le fond, mais cette différence de forme avait sans aucun doute ce motif qu'en fait, dans les cas où il y a lieu aux interdits, il arrive beaucoup plus souvent qu'un simple ordre du préteur met fin à la contestation, que lorsqu'il y a lieu d'intenter une action (4). Cette ressemblance des interdits et des actions explique aussi pourquoi les premiers sont

(1) L. 6, § 2, *de confessis;* cela ne veut pas dire cependant que l'exécution s'ensuive immédiatement. Au contraire, il n'y avait que des moyens indirects dans le *periculum judicii* à cause des *sponsiones*, dans le *jusjurandum in litem*, etc. HOLLWEG, p. 389 et suiv. (Note de la 6e éd.)

(2) GAIUS, IV, § 141 : « *Nec tamen cum quid jusserit fieri, aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad judicem recuperatoresve itur et ibi editis formulis quæritur an aliquid adversus prætoris edictum factum sit, vel an factum non sit quod is fieri jusserit.* » Comp. THEOPHILUS *ad.* pr. I. *de interdictis.*

(3) C'est ce qu'il faut entendre par les *editæ formulæ* dont il est question à la note précédente. Comp. FRONTINUS, lib. II, *de controv. agrorum*, p. 49, LACHM. : « *interdicti formula litigatur,* » et THÉOPHILE, *l. c.*

(4) C'est, quant aux points essentiels, l'opinion soutenue par HUGO (*Gœtt. Anz.*, 1804, p. 296) et que j'avais combattue dans mes deux premières éditions par suite d'une assimilation trop grande des interdits et des actions. GAIUS, §§ 139, 141, la confirme pleinement. (Note de la 4e éd.) — A ce premier motif qui fit introduire les interdits, se joignit encore cette circonstance, qu'ici l'intérêt privé et l'intérêt d'ordre public se trouvent étroitement unis. HOLLWEG, p. 387. Comparez aussi les observations que nous avons ajoutées au § 6. (Note de la 6e éd.)

toujours rangés parmi les ORDINARIA *judicia* (1), et pourquoi on les oppose à toute la procédure *extra ordinem*, soit que celle-ci consiste en un examen des faits de la cause par le préteur lui-même, sans *judex* (2), ou en une exécution immédiate lorsque le droit ne présente aucun doute (3), exactement comme nous venons de le dire pour les actions.

Ceci nous explique aussi pourquoi les interdits proprement dits disparurent en même temps que l'*ordo judiciorum* tout entier. Il semble, il est vrai, qu'une défense ou un ordre de l'autorité aurait dû pouvoir se présenter dans tous les systèmes de procédure, mais on ne donna jamais aux anciens interdits une portée aussi générale. Ils étaient plutôt des commandements formels qui devaient servir de point de départ à toute la procédure décrite plus haut, et d'instruction pour le *judex*, commandements qui n'avaient par conséquent plus de raison d'être dès que cette procédure et ce *judex* furent abolis. Voilà pourquoi ils se transformèrent alors en moyens de droit ordinaires, en actions; à partir de ce moment, il ne leur resta de ce qu'ils furent autrefois que le nom (4). C'est dans cet état que nous les trouvons déjà

(1) FRONTINUS dans LACHMANN, p. 16 : « *ad interdictum, hoc est jure ordinario, litigatur.* » (Ce passage ne se réfère cependant pas à ceci, car il met seulement les interdits en opposition avec la procédure devant les *agrimensores*). L. 1, § 2, *si ventris nom.* « *Si eum per interdictum ad jus ordinarium remiserit.* » C'est aussi-ce que désigne la *formula* dont il est question à l'avant-dernière note ; elle est toujours le signe distinctif d'un *ordinarium judicium*. Comp. ULPIEN, XXV, 12.

(2) L. 3, § 3, *de lib. exhib.* « *Cœterum* CESSAT INTERDICTUM, *et succedere poterit notio prætoris,* UT APUD EUM DISCEPTETUR, *utrum quis in potestate sit, an non sit.* »

(3) L. 1, § 1, *de tab. exhib.* L. 1, § 2, *de migrando.* L. 3, pr., *ne vis fiat ei.* L. 5, § 27, *ut in poss. lega'.* L. 1, § 2, *si ventris nom.* L. 1, § 1, *de inspiciendo ventre.*

(4) L. 3, C. *de interdictis.* « ... *Interdicta autem licet in extraordinariis*

dans la codification de Justinien, et c'est ainsi qu'ils sont arrivés jusqu'à nous, de sorte qu'aujourd'hui ils pourraient tout aussi bien être appelés *actiones* (1).

Nous n'avons parlé ici que des rapports généraux entre les deux parties litigantes. Si nous considérons maintenant en détail les formes de la procédure en matière d'interdits, question qui à la rigueur ne doit pas nous occuper, nous apprenons par Gaius que ces formes étaient extrêmement compliquées, qu'il s'y présentait des *sponsiones*, des *restipulationes*, et de plus une licitation des fruits fort remarquable, de manière que le défendeur pouvait dans certains cas se voir condamner à cinq prestations différentes (2). Si la plupart des auteurs modernes admettent, tacitement du moins, que la procédure des interdits était très-sommaire, c'est donc une assertion non-seulement dénuée de preuves, mais même aujourd'hui positivement démentie par les faits que nous venons d'indiquer. Tout ce qu'on peut accorder sur ce point, c'est que les interdits étaient d'une procédure très-sommaire si le défendeur obéissait immédiatement et n'engageait pas le procès; hors de là, elle n'était pas plus sommaire

judiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur. » *Rubr. Dig.* XLIII, 1 : « *de interdictis sive extraordinariis actionibus quæ pro his competunt.* » Comp. § 8, I. *de interd.* L. 2, 4, C. *unde vi.* L. 17, C. *de act. empti.* D'après ces passages, la transformation remonte au moins à Dioclétien. Il n'y a aucun motif d'admettre avec GIPHANIUS (*explan. Cod.* P. 2, p. 262, 270) que ces passages sont interpolés et que Justinien est l'auteur de cette innovation. — Cependant, il faut reconnaître que, malgré la réforme totale de la procédure, les interdits ont encore pendant quelque temps été conservés comme simple forme. HOLLWEG, p. 393. (Note de la 6e éd.)

(1) C'est à tort que quelques auteurs attribuent au préteur lui-même l'instruction de l'affaire et la décision : SIGONIUS *de jud.* I, 16. CUJAS *paratit. Cod.* VIII, 1. VINNIUS *ad* pr. I. *de interd.*

(2) GAIUS, IV, § 167.

que celle des actions (1). Aussi le discours de Cicéron *pro Cæcina* nous offre un plaidoyer en matière d'interdits qui n'est sous aucun rapport plus sommaire que n'importe quel autre plaidoyer de cet orateur (2).

§ 35.

INTERDITS POSSESSOIRES.

Nous n'avons parlé ici des interdits que parce que la possession aussi est protégée par des actions de ce genre. Les actions possessoires sont donc des interdits; elles n'ont toutefois de commun avec les autres interdits que la seule forme de procédure, circonstance qui ne doit en aucune façon nous occuper. Il s'agit maintenant de définir les actions possessoires, ou si l'on veut, les interdits possessoires, puisque ces actions sont toujours des interdits.

En général cette définition ne présente pas de difficulté. L'action que le demandeur base sur son droit de propriété s'appelle *rei vindicatio;* celle qu'il base sur un contrat de vente se nomme *actio empti;* de même on entend par actions possessoires celles qui ont pour fondement la possession du demandeur, c'est-à-dire

(1) Cette observation a été ajoutée à ma 4e édition; le renvoi au discours de Cicéron *pro Cæcina* date de ma 5e édition.

(2) Comp. sur cette question : SAVIGNY, *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.*, vol. 6, p. 229-272. — L'opinion émise par HOLLWEG, p. 390, mérite surtout d'attirer notre attention. Les interdits étaient sommaires dans ce sens que diverses pénalités de procédure, dont on menaçait le demandeur, avaient pour but d'accélérer le procès; que de plus, dans la procédure nouvelle, diverses parties se trouvaient abrégées; mais ils ne l'étaient pas dans ce sens plus important, qu'ils n'auraient exigé qu'une preuve incomplète. (Note de la 6e éd.) (Voyez Appendice, n° 125.)

celles qui peuvent être intentées à la condition que le demandeur ait acquis un véritable *jus possessionis*. L'application de ce principe aux interdits *retinendæ* et *recuperandæ possessionis* est facile; mais lorsqu'il s'agit d'interdits *adipiscendæ possessionis*, le demandeur ne prétend ni qu'il possède actuellement, ni qu'il ait jamais possédé. On pourrait néanmoins imaginer deux manières de mettre ces interdits en rapport avec les autres actions possessoires : *A*. En recourant à une fiction en vertu de laquelle on considérerait comme acquise une possession qu'on a seulement le droit d'acquérir (1). Mais on ne peut admettre arbitrairement une telle fiction, il faudrait donc commencer par la prouver; elle a même contre elle toutes les raisons d'analogie; car le droit d'invoquer les interdits *retinendæ* et *recuperandæ possessionis* repose non-seulement sur la possession, mais aussi sur une lésion commise dans certaines conditions déterminées (violence, etc.). Or, celle-ci n'est certainement pas requise pour les interdits *adipiscendæ possessionis*, de sorte qu'un possesseur fictif aurait même plus de droits qu'un possesseur réel. — *B*. En considérant comme condition de l'action la possession dans le chef d'une autre personne dont le demandeur serait le successeur. Ainsi, par exemple, l'interdit *quorum bonorum* ne serait admis que lorsque le défunt aurait eu la possession juridique, et ce serait par là que cet interdit deviendrait une action possessoire. Or précisément, cela n'est pas le cas : la possession du défunt n'est nullement considérée comme la condition de cet interdit (2), et il serait tout à fait arbitraire de vouloir limiter

(1) Telle est l'opinion de DONEAU : *Comm. jur. civ.* XV, 37 (p. 814).

(2) Le seul passage qui pourrait soulever un instant quelque doute est celui-ci : PAUL, III, 5, 18 : « *In possessionem earum rerum, quas mortis tempore testator* NON POSSEDIT, *heres scriptus, priusquam jure ordinario*

ainsi le droit de l'héritier aux actions possessoires. — Les interdits *adipiscendæ possessionis* ne se rattachent donc aucunement à la notion que nous avons donnée des actions possessoires.

On ne saurait cependant nier que les Romains ont toujours placé ensemble les interdits *adipiscendæ, recuperandæ* et *retinendæ possessionis* (1), et c'est cette circonstance qui a inspiré à tous nos jurisconsultes la notion générale qu'ils se sont faite des interdits possessoires. C'est ainsi qu'on a donné ce nom à tous les interdits qui avaient *la possession pour objet*. Mais, au fond, cette définition n'en est pas une, puisque la plupart des actions peuvent avoir, ou ne pas avoir, la possession pour *objet*, et que c'est là évidemment une circonstance purement accidentelle. Ainsi, par exemple, l'*actio pigneratitia* a proprement pour objet la restitution de la possession; le même but peut se rencontrer dans l'*actio empti*, dans l'*actio locati* et dans une foule d'autres actions, et il n'y aurait dès lors aucun motif de les exclure de cette notion indécise et générale des actions possessoires. Aussi le seul passage qui parle ainsi d'une manière vague de moyens possessoires, nomme expressément et en même temps les interdits, les actions et les exceptions (2); tandis que ces trois espèces

experiatur, improbe mitti desiderat. » Mais cette *missio* de l'héritier testamentaire, à laquelle se rapporte aussi l'*Edictum D. Hadriani*, est fort différente de l'interdit; on l'oppose même ici à ce dernier : « *jure ordinario* » (voyez, plus haut, p. 365 et suiv.). Ce passage ne fait donc en réalité que confirmer notre opinion.

(1) L. 2, § 3, *de interd.*, § 2, I. *eod.* GAIUS, IV, § 143. (Voyez Appendice, n° 126.)

(2) L. 1, § 4, *uti poss.* « ... *omnis* DE POSSESSIONE CONTROVERSIA *aut eo pertinet, ut quod non possidemus, nobis restituatur : aut ad hoc, ut retinere nobis liceat quod possidemus. Restitutæ* (*restituendæ*) *possessionis ordo aut* INTERDICTO *expeditur, aut* PER ACTIONEM. *Retinendæ itaque possessionis duplex via est, aut* EXCEPTIO, *aut* INTERDICTUM... »

de moyens judiciaires ne sont jamais compris sous le nom d'*interdicta* POSSESSORIA, mais sous celui d'*interdicta* REI FAMILIARIS (1), ou même désignés par des termes qui semblent embrasser tous les interdits à la fois (2). Nous trouvons même, en matière d'interdits, une classification qu'on nous donne comme principale (3), et qui exclut évidemment celle dont nous venons de parler. Le motif le plus décisif contre cette manière ordinaire de réunir en une seule classe ces divers interdits est celui-ci. Les vrais interdits possessoires se basent sur des délits (4) : si maintenant, dans le cas d'une *dejectio*, le préteur n'avait pas donné d'interdit, mais une action, cette ACTIO *de vi* aurait évidemment appartenu à la même classe d'actions que l'*actio vi bonorum raptorum* et d'autres du même genre. Or, dans ce cas personne n'aurait pu songer à la placer dans une même catégorie avec l'interdit *quorum bonorum* et d'autres interdits de cette espèce. Nous ne devons donc pas non plus le faire aujourd'hui, car que le magistrat ait donné un interdit au lieu d'une action, c'est pour nous un fait sans importance, et ce n'était même pour les Romains qu'une circonstance fortuite qui n'affectait en rien la nature même du droit du demandeur.

Les interdits *retinendæ* et *recuperandæ possessionis* sont donc les seules actions possessoires, et les interdits *adipiscendæ possessionis* n'ont avec elles rien de commun. Il y a plus, ces derniers n'ont même rien de commun entre eux. Pour le prouver, il suffira de les énumérer, et cela résulte d'ailleurs aussi de ce que dans les sources ils sont traités à des endroits tout à fait diffé-

(1) L. 2, § 3, *de interd.*
(2) § 2, I. *de interd.* GAIUS, IV, § 143.
(3) § 1, I. *de interd.* GAIUS, IV, § 142.
(4) Voyez p. 25, 26, 27.

rents. Dans la législation de Justinien, l'interdit *quorum bonorum* ne diffère pas de l'*hereditatis petitio possessoria;* l'interdit *quod legatorum* se base, comme la possession tout entière et comme tant d'autres matières, sur un principe tout particulier proclamé par l'Édit; l'interdit *de glande legenda* est au fond une *actio ad exhibendum* pour un cas spécial; l'interdit *Salvianum* enfin est une forme différente de l'*actio Serviana* (1), comme l'interdit *fraudatorium* (2) l'est de l'*actio Pauliana.*

ADDITION DE LA SIXIÈME ÉDITION.

Par suite de la découverte récente d'un fragment d'Ulpien, l'opinion que nous venons d'exposer doit être modifiée de la manière suivante :

Si nous faisons abstraction de la terminologie consacrée par les sources, et que nous ne nous attachions qu'à la valeur intrinsèque des moyens de droit, nous reconnaîtrons à première vue que certaines actions ont principalement pour but de protéger la possession contre certaines violations déterminées, soit en maintenant la possession attaquée, soit en la restituant le cas échéant. Tels sont, pour la *corporis possessio,* les interdits *uti possidetis, utrubi, unde vi* (*de clandestina possessione*), *de precario;* et pour

(1) DONEAU (*Comm.* XV, 37) ajoute encore deux interdits aux quatre que nous venons de nommer en premier lieu : l'interdit *de tabulis exhibendis* et celui qu'avait l'envoyé en possession. Mais ces deux interdits n'ont pas la possession pour objet, et n'appartiennent donc pas à cette matière. — Les deux interdits dont GAIUS seulement nous a révélé l'existence (§§ 145 et 146), l'interdit *possessorium* et l'interdit *sectorium,* ne se rattachent tout au plus qu'à l'interdit *quorum bonorum.* (Voyez Appendice, n° 127.)

(2) L. 67, §§ 1, 2, *ad Sc. Trebell.* — L. 96, pr. *de solut.* — L. 10, pr. *quæ in fraud. cred.*

la *juris quasi possessio*, différents interdits que nous indiquerons plus loin aux §§ 45, 46 et 47. Lorsque l'on considère l'origine et la destination de ces divers moyens de droit, on ne saurait nier leur rapport intime, ni méconnaître qu'ils se distinguent essentiellement de toutes les autres actions. Or, l'influence incontestable que ce rapport intime exerce à différents égards, exigeant un terme commun pour désigner toute cette classe d'actions, je les nomme *actions possessoires*, ou bien, en me plaçant au point de vue de la procédure romaine, *interdits possessoires*. Je ne prétends pas assigner à ces termes une valeur historique; mais leur adoption se légitime par cette circonstance qu'au fond ils ne servent à désigner que les actions auxquelles la possession juridique sert de base et de raison d'être. De plus, ils n'ont rien de neuf ni d'arbitraire; la plupart des jurisconsultes sont, au contraire, dans l'habitude de s'en servir exactement dans le même sens, et ce n'est que par suite de raisonnements particuliers qu'ils en viennent à comprendre sous la même dénomination d'autres actions encore et notamment les interdits *adipiscendæ possessionis*.

Une tout autre question est celle de savoir si cette classification était aussi adoptée par les anciens jurisconsultes. Dans ma conviction actuelle, je dois répondre négativement; nous trouvons au contraire chez eux une classification tout à fait différente, celle en trois classes ou catégories : les interdits *adipiscendæ*, *recuperandæ* et *retinendæ possessionis*. Dans mes éditions précédentes, j'avais cru pouvoir ramener ces classes, sauf à en excepter la première, à la notion des interdits possessoires exposée plus haut, mais le fragment d'Ulpien nouvellement découvert prouve que ce procédé, déjà très-arbitraire en lui-même, ne mènerait à aucun résultat. Dans ce fragment, il est en

effet question de deux interdits, *quem fundum* et *quam hereditatem*, et il y est dit qu'ils sont *duplicia*, c'est-à-dire que, selon les circonstances, ils sont *adipiscendæ* ou *recuperandæ possessionis* (1). Or, comme ils ne se basent en aucune manière ni sur une possession, ni sur une violation qualifiée de cette possession, mais uniquement sur l'inaccomplissement d'une obligation du domaine de la procédure, il est clair que même la classe des interdits *recuperandæ possessionis* n'était pas renfermée, chez les jurisconsultes romains, dans les limites de la définition que nous avons donnée des interdits possessoires. La subdivision en trois classes que nous trouvons chez eux n'a donc aucune espèce de rapport avec notre définition; elle est, de plus, dénuée de toute valeur scientifique, puisqu'elle repose uniquement sur le but soit d'acquérir, soit de recouvrer, soit de conserver la possession, but tout à fait accidentel, et indifférent au point de vue de l'essence même de l'action.

Une troisième question enfin, distincte des deux premières, est celle de savoir si ce terme d'actions possessoires était bien réellement employé dans ce sens par les anciens. Les Romains nomment *possessoriæ* les actions faisant partie d'une hérédité et qui ne sont pas données à l'héritier, mais, comme *fictitiæ actiones*, à un *bonorum possessor* (2). De même l'*hereditatis petitio* se nomme *possessoria* lorsqu'elle est étendue au *bonorum possessor* (3). Par contre, le terme *possessoria interdicta* n'est pas employé pour désigner dans leur ensemble les trois classes d'interdits dont nous avons parlé, quoique l'on eût pu s'y attendre assez naturellement. Un seul texte contient, fort acci-

(1) RUDORFF, *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.*, vol. 9, p. 18.
(2) L. 50, *de bon. libert.* L. 4, *de Carbon. ed.*
(3) Voyez la rubrique du titre 5 au livre 5 du Digeste.

dentellement d'ailleurs, cette expression mise en rapport avec notre notion de ces interdits (1). Notre terminologie, consacrée cependant par l'usage, ne se base donc pas en réalité sur les sources. Comme elle ne peut toutefois donner lieu à aucune confusion, je ne pense pas devoir l'écarter. Celui qui voudrait procéder d'une manière plus rigoureuse devrait se servir exclusivement du terme *actions relatives à la possession* (2).

Le principe d'après lequel les interdits possessoires se basent toujours sur la possession juridique du demandeur, décide aussi la question de la preuve à fournir : c'est donc au demandeur à prouver l'existence de la possession dans son chef. Mais ici se présente la question suivante (3). L'action du demandeur procède évidemment de l'existence de la possession à un moment donné, par exemple, dans l'interdit *uti possidetis*, au moment où l'action s'intente ; dans l'interdit *de vi*, au moment où la dépossession violente a eu lieu. Or, faut-il prouver l'existence de la possession précisément à ces époques indiquées, ou suffit-il de prouver qu'à une époque quelconque le demandeur, ou son auteur, a acquis la possession, en sorte que le maintien de celle-ci serait présumé jusqu'à ce que le défendeur eût prouvé qu'elle a été perdue? — La même question se présente, on le sait, en matière de revendication, et là il est positivement décidé qu'il suffit de prouver l'acquisition de la propriété à n'importe quelle époque anté-

(1) L. 20, *de servitut.* « *Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et* INTERDICTA VELUTI POSSESSORIA *constituta sunt.* » (Voyez Appendice, n° 128.)

(2) C'est ainsi que nous croyons devoir traduire le terme allemand *Besitzklagen* dont l'auteur se sert ici. (Note du traducteur.)

(3) L'examen de cette question a été ajouté dans ma 4e édition.

rieure, sauf au défendeur à en prouver la perte subséquente (1). Il semble que par analogie il faille décider de même pour les actions possessoires. Néanmoins je crois devoir soutenir le contraire. La différence entre la propriété et la possession, considérées à ce point de vue, consiste en ce que la continuation de la première ne résulte nullement d'une série non interrompue de faits; cette continuation n'est donc pas perceptible aux sens, et ne serait pas seulement difficile, mais absolument impossible à prouver. Pour la possession, il en est autrement. Sa continuation résulte d'un état de fait subsistant constamment; elle peut donc être constatée et prouvée. Tout ce qu'on pourrait accorder à l'opinion contraire se réduit à ceci. L'état de fait dont nous parlons ayant quelque chose de vague (2), le juge, dans l'appréciation des preuves, devra jouir d'une grande latitude, et dès lors il aura aussi à examiner si de la preuve de l'acquisition, fournie par le demandeur, il est permis de conclure que la possession continue encore. Plus le laps de temps écoulé depuis l'acquisition sera court, plus la conclusion sera convaincante. Si toutefois on voulait que, pour la possession comme pour la propriété, la preuve du demandeur dût toujours se borner au fait de l'acquisition, il faudrait en tout cas admettre cette différence qu'en matière de propriété, l'acquisition peut avoir été faite par une personne à laquelle on aurait succédé, tandis que pour la possession il faut absolument en prouver le commencement dans la personne même du demandeur, car la propriété se transfère

(1) L. 16, C. *de probationibus.* VOETIUS *ad Pandectas,* VI, 1, 24. KRAZER *Ueber den Beweis des Eigenthums.* Vienne, 1810, 8°. Au fond, ce principe se retrouve déjà dans l'*exceptio rei venditæ et traditæ,* non pas dans sa forme primitive, mais telle que nous la trouvons dans la législation de Justinien.

(2) Voyez p. 221.

par succession, mais non la possession (1). — Cette question se présente également en fait d'usucapion, de sorte que pour celle-là aussi la preuve du commencement de la possession ne suffit nullement. — Elle a du reste singulièrement préoccupé les anciens jurisconsultes, quoique de nos jours il n'en ait plus été beaucoup question. PLACENTIN et HUGOLIN concluaient de la possession antérieure à la possession actuelle. JOHANNES rejetait cette induction par le motif que la possession pouvait se perdre plus facilement que la propriété (2). Les jurisconsultes postérieurs admettaient généralement la présomption, mais avec tant de restrictions et d'exceptions que tout revenait en définitive à l'opinion que j'ai essayé d'établir (3). Ainsi, par exemple, plusieurs enseignaient que la présomption disparaissait lorsque l'acquisition de la possession remontait à plus de dix années; d'autres disaient avec plus de raison qu'une possession ancienne donne sans doute moins de probabilité qu'une possession plus récente, et qu'il fallait laisser au juge pleine liberté d'appréciation (4). On s'entendait d'ailleurs mieux pour enseigner que lorsqu'on avait prouvé l'existence de la possession à deux époques différentes, il fallait présumer la continuation pendant tout l'intervalle, et cette règle a été adoptée par le code civil français (5).

(1) Voyez notre § 28.

(2) *Glossa in* L. 16, C. *de probat.*

(3) La question est traitée avec beaucoup de développements dans ALCIAT *de præsumptionibus reg.* 2, *præs.* 21. MASCARD *de probat.*, vol. 1, *concl.* 170, vol. 3, *concl.* 1202.

(4) MASCARD *l. c. concl.* 170, *num.* 22, 23. — C'est aussi l'opinion qui sert de base à C. 9, X, *de prob.*; voyez, plus loin, § 51.

(5) Code civil, art. 2234. MALEVILLE (t. 4, p. 366, 367) rejette la règle *olim possessor, hodie possessor,* mais il indique comme opinion généralement admise que la possession se maintient *solo animo* pendant dix ans, ce qui veut certainement dire qu'après dix ans cette présomption n'aura plus de valeur.

§ 36.

INTERDITS POSSESSOIRES (CONTINUATION).

La notion des interdits possessoires est maintenant complétement définie ; il nous reste cependant à rencontrer une objection très-importante au point de vue de l'ensemble de la matière. La plupart des praticiens modernes ont considéré d'une manière plus ou moins explicite les interdits comme des revendications provisoires, c'est-à-dire des moyens de droit destinés à faire valoir provisoirement le droit de propriété (1) : c'est cette opinion que nous avons à examiner.

Un moyen de droit est provisoire lorsque la décision qu'il provoque ne termine le litige que d'une manière provisoire, et laisse la porte ouverte à une instruction ultérieure et à une décision péremptoire de la même question. Ainsi, par exemple, le droit du demandeur à l'hérédité fait l'objet de la décision rendue dans une *missio heredis scripti* qui se fonde sur un testament valable en apparence ; mais ce même droit peut aussi faire l'objet d'un examen nouveau dans la *hereditatis petitio*. Les deux instructions et les deux décisions sont donc ici entre elles dans un rapport analogue à celui de deux instances subordonnées l'une à l'autre.

(1) Voyez, plus haut, p. 8 et 30, 31 ; et sur l'origine de cette opinion chez BARTOLUS et CUPERUS, voyez, plus haut, p. 124-126. C'est ordinairement ainsi que l'on expose le rapport entre le pétitoire et le possessoire. — Cette opinion a peut-être été provoquée, entre autres, par le passage d'Isidore où tous les interdits en général sont appelés des décisions provisoires (*orig.* V, 25 dans GOTHOFREDUS, p. 932) : « *Interdictum est, quod a judice non in perpetuum, sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur : salva propositione actionis ejus.* » — Voyez aussi *Interpr. Goth. in Paul.* V, 6, § 1, d'où le passage d'Isidore pourrait avoir été pris.

Or, si les actions possessoires étaient réellement pour le droit de propriété de semblables moyens de droit provisoires, il faudrait les envisager de la manière suivante. Celui qui possède doit, en vertu d'une présomption générale, être provisoirement considéré comme s'il était propriétaire; mais cette décision obtenue par la revendication provisoire (au possessoire) peut dans la suite (au pétitoire) être tout aussi bien modifiée que confirmée. — L'erreur de cette manière de voir est évidente, puisque les interdits ont une base qui n'a rien de commun avec le droit de propriété. C'est ce que nous avons commencé par présupposer dès le début de ce travail, au § 2, et nous croyons l'avoir complétement prouvé dans la suite en démontrant qu'aux yeux des Romains, le droit aux interdits était la seule conséquence attachée à la possession considérée en elle-même (1), et que cette possession s'acquérait d'une manière qui exclut toute idée d'un rapport quelconque avec le droit de propriété, ou avec quelque autre droit que ce soit (2). — Nous devons ici réfuter les causes qui ont donné lieu à cette erreur, causes dont nous n'avons pu parler jusqu'à présent, parce qu'elles sont spéciales à la matière des interdits.

Les interdits *retinendæ possessionis* sont représentés comme préparant les voies à la revendication; il est même affirmé que ce fut là la cause première de leur établissement (3); ailleurs on donne à tout propriétaire le conseil de choisir, si faire se peut, la voie des interdits plutôt que celle de la revendication (4). —

(1) Voyez p. 69-72.

(2) Voyez notre section deuxième, et surtout le § 28.

(3) L. 1, §§ 2, 3, *uti possidetis* (§ 4, I. *de interd.*) — L. 35, *de poss.*

(4) L. 24, *de rei vind.* — Comp. FESTUS, v° *Possessio* (dans OTTFRIED MULLER, p. 233) et FRONTINUS (dans LACHMANN, p. 44, v. 3-17).

Toutefois cette circonstance, que les interdits servent à préparer le procès en revendication, n'en fait évidemment pas des moyens de droit provisoires. Ce qui caractérise ces derniers, c'est qu'on y examine la même question que dans le procès définitif; or, ce n'est pas là le cas dans une procédure préparatoire, à tel point qu'une action civile peut servir à préparer une action criminelle. De plus, un grand nombre d'autres actions, par exemple celles qui résultent de contrats, peuvent avoir pour but d'ouvrir les voies à une revendication, et lorsqu'un propriétaire a le choix entre celle-ci et une action résultant d'un contrat, il est certain que tout jurisconsulte lui conseillera de choisir cette dernière, quoiqu'elle ne soit certes pas une revendication provisoire. Enfin, et c'est là l'essentiel, ce caractère préparatoire n'est même dans les interdits que purement accidentel; en effet, comme le droit aux interdits résulte de la seule possession, ils peuvent évidemment aussi être invoqués lorsque aucune des deux parties ne prétend à la propriété.

Il pourra donc arriver souvent que l'on se serve des interdits pour préparer la revendication (1), mais ce n'en sera pas moins

(1) ULPIEN (L. 1, §§ 2, 3, *uti possid.*) dit même que c'est là le motif qui a fait établir l'interdit *uti possidetis*, parce que sans cela on n'aurait pas pu régler la question de possession dans le procès en revendication. Sans doute il faut dans tout procès en revendication, comme le dit aussi Ulpien, commencer par examiner lequel des deux adversaires sera demandeur, *petitor*, et lequel sera défendeur, *possessor*; mais précisément pour cette question il existait depuis les temps les plus reculés une procédure toute spéciale qui se faisait devant le préteur lui-même, les *manus consertæ*, procédure qui était encore en usage du temps de *Gellius*, longtemps par conséquent après l'établissement des interdits : *Noct. att.* XX, 10. « *Verba... quæ... dici* NUNC QUOQUE *apud Prætorem solent.* » Il y avait sans doute des cas où l'on pouvait agir *in rem* sans recourir à la revendication romaine : notamment lorsqu'un *peregrinus* était partie au procès, lorsque l'objet du procès était un fonds provincial,

qu'un fait accidentel, et il ne doit pas être pris en considération lorsqu'il s'agit de définir la nature juridique de ces interdits (1). Cette dernière observation s'appuie surtout sur un passage d'Ulpien que nous avons déjà eu plusieurs fois l'occasion de citer (2). Nous nous sommes en effet demandé si le possesseur, en recourant à la revendication, perdait sa qualité de possesseur et par là même aussi l'interdit *uti possidetis* : Ulpien répond négativement à cette question. Or, si l'interdit *uti possidetis* était par sa nature même, et non pas accidentellement seulement dans un grand nombre de cas, la préparation du procès en revendication, c'est-à-dire le commencement même de ce procès, il est clair que c'eût été là un motif péremptoire de considérer l'emploi de la revendication comme impliquant la renonciation à l'interdit : aussi Ulpien, avant de résoudre la question, commence par faire remarquer que la contestation relative à la possession

et dans le cas de la *Publiciana actio*. Mais les deux premiers cas n'appartenaient pas du tout à la juridiction du *prætor urbanus*, et pour la *Publiciana actio*, il faudrait commencer par prouver qu'elle est antérieure à l'Édit. Du reste les formules des interdits possessoires et les règles de leur application prouvent qu'il y avait entre eux une relation trop intime pour qu'on puisse admettre une telle diversité d'origine et de destination. L'argument le plus décisif contre l'opinion d'Ulpien découle des termes mêmes de l'Édit ; il ne pourra être exposé qu'au paragraphe suivant. — (ALBERT, *über das* INTERDICTUM UTI POSSIDETIS, § 127, rejette cette explication du passage d'Ulpien, et considère le § 3 comme une phrase tout à fait distincte du § 2. Pour moi, il me paraît que les termes employés prouvent un rapport intime entre ces deux paragraphes, de telle sorte que le § 3 n'est que la continuation et le développement du § 2.) (Voyez Appendice, n° 129.)

(1) L'opinion la moins admissible est celle d'après laquelle l'interdit aurait une nature différente selon qu'il sert à préparer la revendication, ou à quelque autre but. D'après cette opinion, qui est celle d'ALBERT, *über das* INTERDICTUM UTI POSSIDETIS, § 131, il y aurait en réalité deux espèces différentes d'interdit *uti possidetis*.

(2) L. 12, § 1, *de poss.* — Voyez, plus haut, p. 31, 32, et surtout p. 343.

est de sa nature indépendante de celle qui a la propriété pour objet, et il en conclut que la revendication ne préjudicie pas au droit d'invoquer l'interdit (1) :

« NIHIL COMMUNE HABET PROPRIETAS CUM POSSESSIONE : ET IDEO « *non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui cœpit rem* « *vindicare : non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem* « *vindicavit.* »

Les interdits possessoires sont donc les actions qui ont la seule possession pour fondement (2), et nous venons de justifier cette définition en prouvant qu'il n'existe pas de rapport nécessaire entre eux et la revendication. Toutefois le droit d'invoquer les interdits ne découle pas de toute violation quelconque de la possession; il faut que cette violation présente certains caractères déterminés, et ce sont ces caractères qui permettront de distinguer les divers interdits entre eux. En effet, tout interdit se base soit sur la violence, soit sur la clandestinité, soit enfin sur l'abus d'un *precarium;* mais la violence peut tantôt troubler seulement, tantôt ravir complétement la possession, et le simple trouble peut à son tour donner lieu à des interdits différents, selon qu'il s'agit d'un immeuble ou d'une chose mobilière.

Nous devrons donc nous occuper successivement des interdits suivants :

I. *Interdicta retinendæ possessionis :*
   A. En général : § 37.
   B. *Uti possidetis :* § 38.
   C. *Utrubi :* § 39.

II. *Interdictum de violenta possessione :* § 40.

(1) La renonciation à l'interdit pouvait, il est vrai, s'induire d'un autre motif (p. 343) qu'Ulpien ne mentionne pas ici expressément.

(2) Voyez p. 367.

III. *Interdictum de clandestina possessione :* § 41.

IV. *Interdictum de precaria possessione :* § 42.

V. Constitutions impériales sur les interdits possessoires : § 43.

§ 37.

INTERDICTA RETINENDÆ POSSESSIONIS.

Verginii de Boccatiis a Cingulo, *jurisc. Romani, Tractatus de int. uti possidetis s. de manuten. in poss., Colon.* 1581, 8°; également dans *Tract.* Tom. III, p. 2 (*Ven.* 1584, f°), et ailleurs encore. — L'auteur place ensemble tous les interdits *retinendæ possessionis,* même quand ils ont la *quasi possessio* pour objet; ouvrage mauvais du reste et sans grande utilité.

Les interdits *retinendæ possessionis* ont pour but de protéger le possesseur actuel contre les actes de violence dont sa possession serait l'objet.

Afin de préciser cette idée, il faudra examiner les différents cas où ces interdits peuvent se présenter :

1° Lorsque le trouble apporté à la possession a causé un dommage dont le possesseur demande la réparation;

2° Lorsqu'il y a lieu de craindre un trouble à venir, contre lequel le possesseur demande à être protégé;

3° Lorsqu'il s'agit de régulariser le procès relatif à la propriété en examinant préalablement la question de possession, quand même cette possession n'aurait pas encore été troublée, et qu'il n'y eût pas à craindre qu'elle le serait.

Il est incontestable que les interdits dont nous nous occupons peuvent être invoqués dans ces différents cas; il est tout aussi certain que c'est pourtant toujours le même interdit qu'on invoque, et que le même passage de l'Édit lui sert partout de base. Quel est donc le lien logique et historique entre ces différents cas d'application d'un seul et même interdit?

Le premier cas se trouve expressément prévu dans l'Édit (1); et il est surtout à remarquer que l'extinction de l'interdit par prescription n'aurait aucun sens dans les autres cas. Il n'est pas douteux non plus que ce soit une *obligatio ex maleficio* qui serve de base à cette première application de l'interdit.

Le deuxième cas est aussi formellement prévu dans l'Édit (2), et peut également se ramener à une *obligatio ex maleficio*, seulement le *maleficium* doit être considéré comme n'étant pas encore perpétré. Il est en effet évident que la seule raison d'être de l'interdit est ici ce *maleficium* qu'il s'agit d'empêcher, et qu'aucun autre droit ne se trouve en jeu. (Voyez Appendice, n° 130.) Ce cas d'application répond donc aussi parfaitement à la place que nous avons assignée aux interdits et à la possession dans le système général du droit (3). Les deux premiers cas ont cela de commun qu'il s'agit de protéger dans sa possession le possesseur *actuel;* dans l'un et l'autre, la question première et principale sera donc de savoir si le demandeur est réellement possesseur. Quant à leur différence au point de vue juridique, elle n'est guère sensible, de sorte qu'on ne peut faire de reproche aux auteurs de l'Édit de les avoir réunis comme ils l'ont fait.

(1) *Neque pluris quam quanti res erit intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.*

(2) *Uti possidetis... quo minus ita possideatis vim fieri veto.*

(3) Voyez notre § 6.

Le deuxième cas se présentera très-souvent dans les contestations ayant la propriété pour objet, alors qu'il s'agira d'empêcher les voies de fait pendant la durée du procès. Seulement il faut ici se garder de le confondre avec le troisième cas. Il se peut en effet fort bien que la possession actuelle ne soulève aucun doute et que néanmoins il faille craindre les actes de violence d'un adversaire turbulent. Il faut bien alors recourir à l'interdit à cause du procès en revendication, mais ce ne sera nullement en vue de régulariser ce procès, ce qui rentrerait dans le troisième cas ; ce sera seulement afin d'empêcher quelque acte de violence. D'autre part, il se peut fort bien aussi que la question de possession soit encore douteuse, et alors, d'après la règle que nous avons indiquée, il faut la décider en même temps.

Il nous sera maintenant facile de bien saisir aussi la troisième application possible de l'interdit. Dans tout procès dont la propriété fait l'objet, il faut avant tout décider la question de possession, si elle est contestée. C'est à quoi servait, dans le droit ancien en matière de revendication, la solennité des *manus consertæ*. Mais ici la grande difficulté était que le préteur seul, sans intervention d'un *judex*, devait toujours décider la question, qui pouvait cependant fort bien être elle-même très-compliquée. De plus, dans un grand nombre d'actions réelles, cette forme n'était pas applicable du tout (1). Mais un expédient bien naturel se présentait. En effet, si des voies de fait avaient été à craindre dans un cas semblable, on aurait eu recours à l'interdit, et celui-ci aurait alors à son propre point de vue tranché la ques-

(1) Voy. p. 379. — Enfin cette forme dut disparaître en général depuis l'abolition des *legis actiones*, et ne fut conservée que par exception dans la procédure devant les *Centumviri*. (Note de la 6e éd.)

tion qu'il s'agissait de décider en vue de l'action en revendication. Or, non-seulement il y avait là un *judex*, mais de plus cette forme n'était nullement restreinte à la revendication *ex jure Quiritium*. Il suffisait donc, toutes les fois que la possession était contestée, d'envisager le cas comme si des voies de fait étaient à craindre ; grâce à cette fiction, l'interdit *retinendæ possessionis* devenait la forme de procédure qu'on employait pour répondre à toutes les exigences. Cette fiction d'ailleurs ne présentait aucun inconvénient, puisqu'elle ne modifiait sous aucun rapport essentiel le résultat de la procédure préliminaire, et ne pouvait par conséquent causer de tort à aucune des parties. C'est ainsi qu'on en vint au troisième des modes d'application que nous avons signalés pour les interdits *retinendæ possessionis*. Ce troisième mode n'était pas textuellement écrit dans l'Édit, car le *vim fieri veto* n'avait rien de commun avec tout ceci (1), mais on le fit rentrer dans la règle de l'Édit au moyen d'une fiction qui ne pouvait rencontrer d'objection sérieuse. (Voyez

(1) Puisque ce cas n'est même pas prévu textuellement dans l'Édit, il est impossible qu'il ait été la cause originaire de cet interdit, et ainsi l'observation d'Ulpien se trouve complétement écartée (p. 379). Il peut sembler téméraire de contredire un jurisconsulte romain sur une telle question ; mais d'abord l'Édit doit primer l'opinion d'Ulpien : je préfère admettre une inexactitude historique d'Ulpien que de croire que l'Édit veuille dire tout autre chose que ce qu'il dit réellement. L'erreur s'explique du reste bien facilement ici, car il faut bien remarquer que le troisième cas, qui se présente d'une manière si secondaire au point de vue historique et théorique, était en pratique précisément le plus important et le plus fréquent de tous. Ulpien vivait d'ailleurs plusieurs siècles après l'introduction des interdits. En second lieu, nous ignorons ce que les compilateurs peuvent avoir retranché du passage d'Ulpien, ou ce qu'ils y ont ajouté. En troisième lieu, il est d'autres cas tout à fait semblables où les remarques historiques des jurisconsultes romains sont évidemment peu exactes. (Voyez Appendice, n° 132.)

Appendice, n° 131.) Au point de vue théorique, le troisième cas devient ainsi complétement semblable au deuxième, et ne contredit donc pas plus que ce dernier la place que nous avons assignée aux interdits dans le système du droit (§ 6). — Passons maintenant aux conditions de l'application des interdits *retinendæ possessionis*.

La première de ces conditions est ici, comme pour tous les interdits possessoires, qu'il y ait réellement eu possession acquise (1), non pas CIVILIS *possessio*, mais bien possession juridique par opposition à la simple détention naturelle (2). — La seconde condition est que cette possession soit lésée par un acte de violence (3), et voici ce qu'on entend par là. Le mot *vis* s'applique en général à tout fait posé contrairement à la volonté d'autrui. Dans l'interdit *quod vi aut clam*, il faut de plus que cette volonté ait été réellement manifestée à celui qui pose le fait, ou que ce dernier en ait lui-même empêché la manifestation (4). Mais ici, tant que le trouble n'a pas été formellement autorisé, l'opposition de la volonté du possesseur contre tout acte de ce genre gît déjà dans le fait même de la possession (5). Il y a donc violence au point de vue de ces interdits dès que la libre disposition de ma chose se trouve entravée, fût-ce même seulement par une chose appartenant à mon voisin, par exemple, par un mur faisant saillie sur l'héritage limitrophe (6) ; car quoique ce

(1) Voyez pages 69-72.

(2) Voyez KLEPE, *diss. de nat. et ind. poss. ad int. uti possidetis et utrubi necess., Lips.* 1794 (voy. notre Introduction, *num.* 32). — Les objections élevées contre ce principe ne pourront être réfutées qu'en parlant de chacun de ces interdits en particulier.

(3) « *Vim fieri veto.* » L. 1, pr. *uti poss.* — L. 1, pr. *utrubi.*

(4) L. 1, §§ 5-7; L. 20, pr., § 1, *quod vi.* — L. 73, § 2, *de reg. jur.*

(5) L. 5, *de serv. præd. urb.*

(6) L. 14, § 1; L. 17, pr., *si serv.*

voisin n'ait pas lui-même posé ce fait, et qu'il se puisse même qu'il l'ignore, il n'en est pas moins vrai qu'il possède son édifice d'une manière qui me gêne dans l'exercice de ma possession, et cela suffit ici pour constituer la violence. Sous ce rapport, ces interdits concourent avec l'action négatoire, et c'est ce que nous trouvons expressément reconnu dans les sources (1). Nous avons déjà vu que ce trouble de la possession doit être ou un fait accompli, ou considéré comme futur, ou même seulement admis d'une manière fictive. — En troisième lieu, il faut que le trouble apporté à la possession n'ait pas mis fin à celle-ci : cela résulte déjà du nom même de ces interdits : *interdicta* RETINENDÆ *possessionis* (2). Les éléments de cette condition purement négative ont déjà été exposés dans notre troisième section, où nous avons traité de tous les cas dans lesquels la possession doit être considérée comme perdue. Il va sans dire que cette condition n'a de sens que lorsqu'il s'agit d'un trouble déjà accompli, et dans ce cas le droit aux interdits peut être acquis au possesseur de deux manières différentes. Il se peut que certains de ses actes de libre disposition soient entravés (3); il se peut aussi qu'un autre s'arroge le droit de poser des actes qu'il n'appartient qu'au possesseur de poser, sans cependant expulser celui-ci de sa possession (4).

(1) L. 8, § 5, *si serv.* — Tout ceci a été ajouté dans la 6e édition, à la suite d'une communication de HOLLWEG. (Voyez Appendice, n° 133.)

(2) La Glose appelle ce genre de violence « *vis inquietativa* » et la met en opposition avec la « *vis expulsiva* » (*Gl. in* § 4, I. *de interd.* et *in* L. 1, § 9, *uti poss.*

(3) Exemples : Le possesseur est empêché de cultiver son champ (L. 3, § 4, *uti possid.*); d'élever ou de modifier une construction (L. 3, §§ 2, 3, *uti possid.* — L. 52, § 1, *de poss.* — L. 12, *comm. div.*); ou d'extraire un trésor, qui lui appartient, d'un fonds appartenant à autrui (L. 15, *ad exhibendum.*) (Voyez Appendice, n° 134.)

(4) L. 11, *de vi* : « VIM FACIT, *qui non sinit possidentem eo, quod possi-*

L'interdit pourra s'intenter contre toute personne à laquelle on aurait à reprocher un trouble apporté à la possession; ce peut donc être, entre autres, celui-là même qui représente le possesseur, par exemple le locataire d'une maison qui voudrait bâtir ou démolir sans l'assentiment du bailleur. On pourrait en douter parce que ce dernier a aussi l'*actio locati;* mais c'est précisément ce qui fait qu'il a le choix entre les deux actions; il peut même choisir encore une troisième voie (1), ce qui confirme tout ce que nous avons dit de la nature des interdits possessoires. De même, si le locataire le dépossède complétement, le bailleur a le choix entre l'*actio locati* et l'interdit *de vi*.

Le but de ces interdits est triple :

1. Dans le cas d'un trouble antérieur, c'est la réparation du dommage causé.

2. Dans le cas de crainte d'un trouble à venir, — crainte qui peut du reste se baser sur un dommage déjà souffert, de sorte que les deux buts coïncideraient, — c'est d'empêcher la réalisation du fait illégal que l'on craint. Au point de vue général de ces interdits, il est indifférent que ce fait soit empêché par un simple ordre du juge, ou qu'il faille une exécution matérielle de

debit, uti arbitrio suo : sive inserendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid ædificando, sive quid omnino faciendo, PER QUOD LIBERAM POSSESSIONEM ADVERSARII NON RELINQUIT. » La fin et le commencement de ce passage (*vim facit* mis en rapport avec « *vim fieri veto* ») prouvent clairement qu'il s'agit d'une possession simplement troublée et non encore enlevée. DONEAU, XV, 33 (p. 804). — L'endroit où ce fragment se trouve placé (*tit.* D. *de vi*) a fait croire à plusieurs jurisconsultes qu'il se rapportait à l'interdit *de vi*. (Voyez Appendice, n° 133.)

(1) Savoir l'interdit *quod vi aut clam.* L. 25, § 5, *locati.* Tout ceci a également été ajouté dans la 6e édition.

cet ordre, ou enfin que l'on ait recours à des cautions pour assurer le respect de la possession.

3. Dans leur application au procès en revendication, ces interdits ont pour but de décider à laquelle des deux parties appartient actuellement la possession. Ce but aussi peut coïncider avec les deux premiers (1).

Quant à l'effet de ces interdits, nous trouvons encore une règle toute spéciale dont nous devons nous occuper ici. Ils doivent être considérés comme *duplicia* (2), ou comme des actions mixtes (3), ce qui renferme en réalité deux choses distinctes : *a*. Chacun des deux adversaires peut y figurer comme demandeur (4) ; *b*. L'un et l'autre doivent avoir dans la procédure des

(1) Lorsque l'on considère les interdits *retinendæ possessionis* comme étant de leur nature destinés à préparer le procès en revendication (§ 36), ce troisième but devient le but principal, les deux premiers ne sont qu'accessoires, et c'est ce que soutiennent en effet la plupart des adhérents de cette opinion. WIEDERHOLD a tout récemment été jusqu'à n'admettre que ce seul but de régulariser la revendication. Voyez, plus haut, l'addition faite à la fin du § 10 (note de la 6e éd.)

(2) Le fragment d'Ulpien récemment découvert a prouvé que les Romains employaient encore cette expression dans un autre sens complétement différent, c'est-à-dire qu'ils l'appliquaient aux interdits qui pouvaient, selon les cas, être *recuperandæ* ou *adipiscendæ possessionis ;* et de cette manière s'explique la L. 2, § 3, *de interd.*, qui jusque-là était restée inintelligible. Voy. RUDORFF, *Zeitschr. f. Gesch. Rechtswiss.*, vol. 9, p. 11-18 (note de la 6e éd.).

(3) Pour les deux interdits, voy. GAIUS, IV, § 160. — L. 37, § 1, *de obl. et act.* — § 7, I. *de interd.* — Pour l'interdit *uti possidetis* seul, voy. L. 2, pr. *de interd.* — L. 3, § 1, *uti poss.*

(4) C'est à tort que dans mes deux premières éditions (p. 346 et 406), j'avais nié cette proposition, par la raison que le possesseur seul pouvait l'emporter. Dans la revendication aussi, le propriétaire peut seul l'emporter; mais le non-propriétaire peut aussi l'intenter : c'est le résultat du procès qui fera connaître le véritable propriétaire. Il en est de même ici pour la possession. Seulement il y a cette différence qu'en matière de

droits égaux et ne pas se trouver en opposition à raison des fonctions qui leur sont assignées dans la procédure, comme cela arrive dans la plupart des actions (1). La principale conséquence pratique de cette proposition, c'est que le demandeur peut être *condamné* aussi bien que le défendeur, et c'est ce qui peut arriver de deux manières. Il se peut que ce soit le défendeur, et non le demandeur, qui possède en réalité (2); dès lors il n'est pas douteux que le premier doit gagner le procès, exactement comme

revendication, il faut une qualité préalable pour pouvoir l'intenter : c'est de ne pas posséder la chose. Dans les interdits *retinendæ possessionis* il n'en est pas ainsi, et voilà pourquoi ils sont *duplicia*. — On sait du reste que les actions en partage sont également *duplices ;* l'*actio confessoria* et l'*actio negatoria* ne le sont pas, il est vrai, mais on y retrouve aussi cette aptitude des deux adversaires à être demandeurs. (Voyez Appendice, n° 136.)

(1) § 7, I. *de interd.* «... *duplicia vocantur, quia* PAR UTRIUSQUE LITIGATORIS IN HIS CONDITIO EST, *nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur : sed unusquisque* TAM REI, QUAM ACTORIS PARTES SUSTINET. » GAIUS, IV, § 160. La L. 10, *fin. regund.* est encore plus claire : « *Judicium comm. div., fam. ercisc., fin. reg. tale est ut in eo* SINGULÆ PERSONÆ DUPLEX JUS HABEANT : *agentis et ejus cum quo agitur.* »

(2) C'est ordinairement ce que prétend le défendeur, et c'est là l'objet de la contestation ; ainsi s'explique la formule : « *uti possidetis,* » c'est à-dire : « *Ainsi que l'un de vous,* qui prétendez tous deux posséder, *se trouve être réellement possesseur,* » etc., etc. Les glossateurs ont diversement interprété cette formule : les uns pensaient que le préteur employait la forme du pluriel par politesse envers le possesseur ; d'autres, et leur opinion entraînait de graves conséquences, rapportaient les mots « *uti possidetis* » à la *possessio plurium in solidum,* et c'est ainsi qu'ils établissaient soit d'une manière générale, soit au point de vue de l'interdit *uti possidetis,* la réalité d'une telle possession résultant de ce que l'on considérait le *dejectus* comme pouvant posséder encore (voyez, plus loin, p. 397). — *Glossa in rubr. tit.* C. *uti possidetis.* AZO *in summa h. t., num.* 19 *et in lect. h. t.,* p. 622. PLACENTIN *in summa h. t.,* p. 376, 377. — DONELLUS *in Cod. h. t., num.* 6, 7, 8 (p. 288, 289). — L'objection élevée récemment par ALBERT (*über das* INT. UTI POSS., §§ 116-121) contre ma manière de voir me paraît dénuée de fondement.

s'il l'avait intenté lui-même, ce qu'il aurait d'ailleurs pu faire; il se peut aussi que le demandeur soit à la vérité possesseur, mais qu'il doive perdre le procès par suite d'exceptions que le défendeur lui opposera. Ici le défendeur n'aurait pas pu agir comme demandeur, et cependant on lui adjuge la possession (1). Cette inconséquence apparente s'explique facilement. S'il faut, comme cela arrive ici, renvoyer le demandeur, le juge devra ou ne pas décider du tout la question de possession, ou reconnaître au défendeur la qualité de possesseur. Or, s'il prenait le premier parti, il permettrait à chacun des deux adversaires d'user de violence à l'égard de l'autre; et comme, dans aucun cas, tel ne doit être le résultat d'une sentence judiciaire, il ne lui reste à prendre que le second parti; en d'autres termes, l'interdit doit être considéré comme *duplex,* et le défendeur doit être mis en possession, quoique, s'il eût été demandeur, il n'eût pas pu recourir avec succès à cet interdit (2). (Voyez Appendice, n° 137.)

Il ne faut pas cependant pousser trop loin cette assimilation des deux parties au point de vue de la procédure : sous le rapport des preuves, notamment, il faut appliquer les mêmes règles que pour toutes les autres actions, et à ce point de vue nul doute qu'il faille considérer comme demandeur celui qui s'est le premier présenté devant le juge (3). La règle essentielle dans cette

(1) C'est ce qui résulte d'abord de la nature même de l'interdit *duplex,* puis aussi de la L. 3, pr., *uti possidetis.* « ... *Si a me possides,* SUPERIOR SUM *interdicto,* » c'est-à-dire, je gagne le procès, ce qui ne pourrait se concevoir autrement.

(2) Dans tous ces cas il aurait pu, il est vrai, se servir, comme demandeur, d'un autre interdit, par exemple de l'interdit *de vi,* s'il avait été expulsé violemment par l'adversaire qui aurait voulu intenter contre lui l'interdit *uti possidetis,* interdit contre lequel le demandeur se serait protégé par une exception (L 1, § 5, *uti possidetis*).

(3) L. 2, § 1, *comm. div.* —L. 13, *de jud.* Ces deux passages parlent, il

matière sera celle que nous avons indiquée plus haut pour toutes les actions possessoires en général (1). Mais alors se présentera encore la question suivante : Si le défendeur admet en général que le demandeur possède, mais prétend avoir le droit de posséder avec lui, sera-ce à lui à prouver cette copossession? On pourrait considérer cela comme une exception et lui en imposer la preuve; mais je pense que ce sera au demandeur à fournir la preuve de sa possession exclusive. Au fond, il prétend posséder la chose dans toutes ses parties; on le lui concède pour quelques-unes, mais on le lui conteste pour d'autres; il y a donc dénégation d'une partie de la demande, et dès lors c'est au demandeur à prouver le fondement de celle-ci. On peut encore faire observer, à l'appui de cette manière de voir, que sans cela, dans un cas constant de copossession, chacune des deux parties pourrait frauduleusement intenter l'action afin d'imposer à l'adversaire le fardeau de la preuve (2).

§ 38.

INTERDICTUM UTI POSSIDETIS.

Voici quelques sources relatives à cet interdit :

§ 4, I. *de interdictis.*
D. lib. 43, tit. 17.
C. lib. 8, tit. 6.
} Voy. l'introduction.

CARL ALBERT *über das interdictum uti possidetis der Rœmer.*

est vrai, d'actions en partage, mais l'analogie nous oblige de décider de même lorsqu'il s'agit de nos interdits.

(1) Voyez, p. 370, 371.

(2) Cette dernière observation a été ajoutée dans la 4e édition.

Halle, 1824, 8°; c'est un travail très-consciencieux et digne d'estime.

WIEDERHOLD *das interdictum uti possidetis und die novi operis nunciatio.* Hanau, 1831, 8° (voy. plus haut l'addition faite au § 10). (Voyez Appendice, n° 138.)

Les règles générales données au paragraphe précédent pour les interdits *retinendæ possessionis* doivent être maintenant appliquées à la possession des immeubles, par conséquent à l'interdit *uti possidetis* (1).

Nous avons vu que ces interdits exigent, comme conditions générales, qu'il y ait possession, qu'un trouble y ait été apporté par un acte de violence, et que ce trouble n'ait pas encore fait cesser la possession. On a contesté l'applicabilité de la première et de la troisième de ces conditions à l'interdit *uti possidetis.* — Quant à la première, Cuperus (2) exige que la *possessio,* pour pouvoir donner droit à l'interdit, soit aussi *civilis.* Cette erreur est une simple conséquence de la notion fausse qu'il se fait de la *civilis possessio,* elle se trouve donc réfutée en même temps que cette notion. Mais Cuperus présente encore une preuve spéciale relative à cet interdit; et c'est de cette preuve que nous devons nous occuper ici. Ulpien dit en effet, dans un fragment très-connu, que pour pouvoir intenter l'interdit *unde vi,* il ne faut pas nécessairement que la *possessio* soit *civilis* : donc, con-

(1) Le passage de l'Édit relatif à cet interdit se trouve à la L. 1, pr. *uti possidetis,* et, sous une forme un peu modifiée, dans FESTUS (v° *Possessio,* p. 233, Müller). — Voyez l'observation faite à la fin du § 12, *a.*

(2) Et aujourd'hui aussi THIBAUT. Voyez, plus haut, l'observation ajoutée dans la 5e édition, à la fin du § 10,

clut Cuperus, elle doit être telle lorsqu'il s'agit de l'interdit *uti possidetis* (1). — La troisième condition, que le demandeur n'ait pas cessé d'être possesseur, est si clairement exprimée précisément pour l'interdit *uti possidetis*, qu'elle aurait dû paraître ici plus incontestable que partout ailleurs (2). La première objection provient de l'erreur de considérer la *civilis possessio* comme une *possessio quæ animo retinetur* (3). Le *dejectus*, dit-on, peut aussi continuer à posséder de cette manière, il a dès lors le choix entre l'interdit *de vi* à raison de la *naturalis possessio* qu'il a perdue, et l'interdit *uti possidetis* à raison de la *civilis possessio* qu'il conserve encore (4). La seconde objection se fonde sur une interprétation erronée de la L. 11 *de vi* (5), qui accorde l'interdit *de vi* dans un cas où il y a simplement trouble de la possession. On en conclut que l'inverse doit être vrai aussi, c'est-à-dire que le *dejectus* doit pouvoir user de l'interdit *uti possidetis*. En troisième lieu, il en est qui disent que puisque le *dejectus* doit indubitablement gagner le procès lorsqu'il est défendeur, il doit aussi pouvoir invoquer l'interdit en qualité de demandeur (6) : on pousse donc ici trop loin l'assimilation du rôle des

(1) *De nat. poss.*, p. 2, c. 8 : « *in* L. 1, § 9, *de vi, scribit Ulpianus de interdicto* UNDE VI : NAM ET NATURALIS POSSESSIO... AD HOC INTERDICTUM *pertinet : aperto indicio, eam non pertinere ad interdictum* UTI POSSIDETIS *aut* UTRUBI. »

(2) L. 1, § 4, *uti possidetis* « ... *interdictum... uti possidetis... redditur, ne vis fiat ei* QUI POSSIDET... *hoc interdictum tuetur*, NE AMITTATUR POSSESSIO : *denique Prætor* POSSIDENTI *vim fieri vetat*, » etc.

(3) Voyez p. 120-122 et p. 389 et suiv.

(4) AZO *in Summa Cod. tit. uti possidetis, num.* 16, 17 (fol. 145). — MENOCH *de retin. poss., remed.* 3, *num.* 35, 36, 37. — GIPHANIUS *in antinom., lib.* 4, *disp.* 48, *num.* 24, 30.

(5) Voyez p. 387 et suiv.

(6) Les deux derniers motifs réunis se trouvent dans BUSIUS *in subtil. jur. lib.* 6, ch. 8. GIPHANIUS *l. c.* (Voyez l'avant-dernière note.)

deux parties dans l'interdit *duplex*, erreur contre laquelle nous avons déjà prémuni (1).

L'effet de cet interdit correspond également sous tous les rapports à ce que nous avons dit des effets des interdits *retinendæ possessionis* en général. — Il s'agit donc d'abord d'empêcher l'acte qui tend à troubler la possession. Dans la plupart des cas, le but sera complétement atteint par la seule sentence du juge qui prohibe le trouble; hors de là, il est certain que cette sentence pourra être mise à exécution comme toute sentence quelconque, et cette exécution pourra, entre autres, consister en ce que le juge exigera une caution du condamné dont il y aurait lieu de craindre encore des actes de violence. Le droit d'imposer une telle caution résulte donc déjà du droit d'exécution en général, et il n'est pas nécessaire de le confirmer d'une manière spéciale, comme on l'a soutenu à l'aide d'une fausse interprétation (2). — Quant au trouble accompli déjà, il faut que le posses-

(1) Voyez p. 391. (Voyez Appendice, n° 139.)

(2) L. *un.* C. *uti possid.* « *Uti possidetis fundum de quo agitur, cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis, Rector provinciæ vim fieri prohibebit :* AC SATISDATIONIS *vel* TRANSFERENDÆ POSSESSIONIS *Edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet.* » De deux choses, dit-on, l'une : ou bien le défendeur n'est pas possesseur, alors il doit fournir caution; ou bien il est possesseur, alors cet interdit a pour effet de lui enlever la possession (voy., plus haut, p. 393). DUAREIN *in tit. uti poss. et in disp. anniv.*, I. 21 (*opp.*, p. 944, 1386). — Mais avec les mots *vim fieri prohibebit* finit ce qui est dit de l'interdit; ce qui suit concerne la revendication, et dans celle-ci il était de règle générale que le défendeur devait fournir caution *de judicato* ou renoncer à la possession (« *satisdationis vel transferendæ possessionis;* ») cette règle a été abolie plus tard. (Pour le droit ancien, comparez GAIUS, IV, 91, et pour le droit nouveau, voyez le § 2, I. *de satisdat.*) Cette interprétation correcte se trouve dans la glose *in* L. *cit.* et dans les auteurs suivants : AZO *in Summa* C. *h. t.*, *num.* 23. — BARO *in manual. in Dig.*, P. 6 (p. 184). CUJAS *in Paulum*, I. 11, § 1 (où Duarein est violemment attaqué). DONEAU *in* Cod. *h. t.*, n^os^ 25-28

seur en soit complétement dédommagé, et pour fixer l'indemnité on a égard à tout ce que le possesseur a perdu ou a été empêché d'acquérir (1).

En voilà assez sur les conditions et les effets de cet interdit en général. Il est cependant certains cas spéciaux où il n'est pas admis du tout, ou bien ne l'est qu'en partie; nous avons donc encore à exposer les exceptions que le défendeur peut alors faire valoir. (Voyez Appendice, n° 140.) — La première de ces exceptions concerne la manière dont la possession du demandeur a pris naissance. Si elle a été acquise elle-même par violence, clandestinement ou *precario*, ce n'est pas le demandeur, c'est le défendeur qui l'emporte (2) : mais il faut que le fait illégal se soit produit entre les deux mêmes personnes qui figurent au procès comme demandeur et défendeur. L'exception ne serait donc pas fondée, si la possession avait été violemment acquise, soit par l'auteur du demandeur (3), soit aux dépens d'une autre personne que le défendeur (4). — La raison générale de cette exception, c'est que le défendeur a déjà dans tous les cas un

(mais il y-mêle d'autres erreurs). Tout spécialement C. F. CONRADI *in diss. cautio de non ampl. turb. in jud. poss. usu fori recepta. Helmst.* 1737. Outre l'interprétation de notre passage, on y trouve aussi un exposé complet des principes relatifs à cette caution. — Comp. aussi RUDORFF, *Zeitschr. f. Gesch. Rechtsw.*, vol. 9, p. 27. Ce dernier a mis ce passage en rapport avec les sources récemment découvertes. (Voyez Appendice, n° 141.)

(1) L. 3, § 11, *uti possidetis.*

(2) L. 1, pr. § 5, L. 3, pr. *uti poss.* (Voy., plus haut, p. 162.)

(3) L. 3, § 10, *uti possid.* « *Non videor vi possidere, qui ab eo, quem scirem vi in possessione esse, fundum accipiam.* »

(4) L. 1, § 9, *uti poss.* : «... *ut si quis possidet vi, aut clam, aut precario,* SI QUIDEM AB ALIO : *prosit ei possessio :* SI VERO AB ADVERSARIO SUO, *non debet eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere...* » Cf. L. 2, *eod.* — L. 53, *de poss.* — § 4, I. *de interd.* — L. 17, *de precario.*

interdit *recuperandæ possessionis* (1) : au lieu donc de le faire succomber, lui qui en vérité ne possède pas, dans l'interdit *uti possidetis*, pour le laisser ensuite triompher dans un second procès, on abrége la procédure d'une manière fort rationnelle : on renvoie de suite le demandeur, et on adjuge même, à raison d'un motif spécial (2), la possession au défendeur. — La seconde exception concerne l'extinction de l'interdit par prescription. Si une année s'est écoulée depuis la violation de la possession, l'interdit ne peut plus être invoqué pour obtenir réparation du dommage causé (3), à moins que l'auteur de l'acte de violence n'ait retiré profit du dommage souffert par le possesseur (4). — Ces deux exceptions sont les seules qui puissent être admises (5).

§ 39.

INTERDICTUM UTRUBI.

Sources relatives à cet interdit :

§ 4, I. *de interdictis.*
D. *lib.* 43, *tit.* 31.
Cod. Theod. lib. 4, *tit.* 23.
} Voy. l'introduction.

De même que la possession des immeubles est protégée par

(1) Dans ma 5e édition, je disais qu'il en avait été ainsi dans la plupart des cas. Cette assertion résultait de ce qu'alors j'attachais à la *clandestina possessio* un sens plus étendu quand il s'agit de l'exception que lorsqu'il s'agit de l'interdit. La rectification de cette opinion se trouve dans les observations ajoutées au § 41. (Note de la 6e éd.)

(2) Voyez p. 393.

(3) L. 1, pr. *uti poss.* « *Intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.* » (Voyez Appendice, n° 142.)

(4) L. 4, *de interd.* « *Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his* DE EO, QUOD AD EUM, CUM QUO AGITUR, PERVENIT, *post annum judicium dandum, Sabinus respondit.* »

(5) Par exemple, l'*exceptio possessionis* NULLÆ (*sic !*) que soutient

l'interdit *uti possidetis*, de même celle des meubles l'est par l'interdit *utrubi*, bien que, d'après les termes de l'Édit, il ne concernât que les esclaves (1).

La première condition de cet interdit, comme du précédent, est la possession juridique, qu'elle soit *civilis* ou non (2). Toutefois cette possession à elle seule ne suffisait pas; il fallait encore que, dans le courant de la dernière année écoulée, la possession de celui qui invoquait l'interdit eût duré plus longtemps que celle de l'adversaire (3). Pour calculer cette durée, on tenait naturellement aussi compte de la possession du vendeur ou des autres auteurs du plaignant, de sorte que l'*accessio possessionis* était ici d'une importance tout aussi grande que lorsqu'il s'agissait d'usucapion ou de diverses prescriptions d'actions (4). Dans le droit nouveau, cette restriction a disparu, et l'interdit *utrubi*

ALBERT, *l. c.*, § 94. Ce n'est en réalité que la dénégation du fondement de la demande, et il importe peu que le défendeur se borne à une simple négation, ou qu'il prétende lui-même être possesseur. (Note de la 5e éd.)

(1) L. 1, pr. § 1, *de utrubi* : « *Prætor ait*, UTRUBI HIC HOMO, DE QUO AGITUR, MAJORE PARTE HUJUSCE ANNI FUIT : QUO MINUS IS EUM DUCAT, VIM FIERI VETO. — *Hoc interdictum de possessione* RERUM MOBILIUM *locum habet*... » GAIUS, IV, §§ 149, 150. (Voyez Appendice, n° 143.)

(2) CUPERUS (II, 8) soutient ici aussi le contraire. Un de ses motifs a été indiqué à propos de l'interdit *uti possidetis* (p. 393) : un second motif est puisé dans la L. 46, *de don. int. vir. et uxor.*, expliquée déjà plus haut (p. 59).

(3) La *major pars anni* a donc un sens relatif. L. 156, *de verb. sign.* GAIUS, IV, § 152 (Voyez Appendice, n° 144.)

(4) CUPERUS (II, 8) fait, en partie d'après SCHULTING, l'observation parfaitement juste que les lois 46, *de don. int. vir. et ux.* et 13, *de poss.*, sont rattachées entre elles et avec la L. 1, *de utrubi* par l'inscription, et qu'elles parlaient donc probablement de l'*accessio possessionis* à propos de cet interdit. — Il faut y rapporter encore la L. 14, § 3, *de div. temp. præscr.* (KLEPE *de nat. et ind. poss.*, p. 27). — Puis la L. 11, *de adq. rer. dom.* (Voyez, plus haut, p. 340.) — Enfin GAIUS, IV, § 151.

y a été complétement assimilé à l'interdit *uti possidetis* (1). On peut dire avec certitude que cette innovation ne date que de Justinien, et que le passage d'Ulpien où il en est parlé est interpolé (2), car dans Paul nous n'en trouvons encore aucune trace (3); il en est de même de Gaius (4) et d'une constitution de Dioclétien (5). — La seconde condition est que ce soit par un acte de violence que la possession ait été troublée; il n'y a ici rien de spécial à signaler. — Enfin il faut, en troisième lieu, que la possession dure encore, qu'elle n'ait donc pas été enlevée par cet acte de violence. Dans le droit de Justinien, ce point ne saurait être douteux, et tout ce que nous avons dit à ce sujet plus haut à propos de l'interdit *uti possidetis* s'applique également ici. Mais qu'en était-il sous le droit ancien, avant que les deux interdits eussent été assimilés l'un à l'autre? L'interdit *utrubi* était-il alors aussi un interdit *retinendæ possessionis* dans toute la rigueur de l'expression, c'est-à-dire, outre la possession pendant la majeure partie de l'année écoulée, fallait-il encore la possession actuelle, ou bien celle-ci n'était-elle pas exigée? Je suis aujourd'hui convaincu que c'est dans ce dernier sens qu'il faut décider la question, mais j'ai pour cela des raisons tout à fait différentes de celles qu'on a alléguées jusqu'à présent. On avait, en effet,

(1) § 4, I. *de int.* (Voyez Appendice, n° 145.)

(2) L. 1, § 1, *de utrubi.*

(3) *Rec. sent.* V, 6, § 1 : «... *in altero vero* (*sc. in int. utrubi*) *potior est, qui majore parte anni retrorsum numerati... possedit.* »

(4) GAIUS, IV, § 150.

(5) *Fragmenta vaticana*, § 293. C'est ce qu'indique aussi d'une manière moins claire un passage de PAUL, *fragm. vat.*, § 311 — et peut être aussi la L. 11, § 13, *de act. empti vend.*, qui s'explique le mieux en la rapportant à l'ancien interdit *utrubi.* (Note de la 6e éd.) (Voyez Appendice, n° 146.)

coutume d'argumenter des passages suivants, qui en réalité ne prouvent rien :

A. L. 3, § 5, *ad exhibendum :*

« *Sed et si quis* INTERDICTURUS, REM EXHIBERI DESIDERET, « *audietur.* »

B. L. 3, § 12, *ad exhibendum* (1) :

« *Pomponius scribit, ejusdem hominis recte plures ad exhi-*
« *bendum agere posse : forte, si homo primi sit, secundi in eo*
« *ususfructus sit,* TERTIUS POSSESSIONEM SUAM CONTENDAT, *quartus*
« *pigneratus sibi eum adfirmet. Omnibus igitur ad exhibendum*
« *actio competit : quia omnium interest exhiberi hominem.* »

Dans ces deux passages, dit-on, l'*actio ad exhibendum* sert à préparer l'interdit *utrubi :* il faut donc aussi que celui-ci puisse s'appliquer à une possession déjà perdue. Mais d'abord il n'est pas du tout nécessaire de rapporter ces passages à l'interdit *utrubi;* de plus, la conséquence que l'on veut tirer de ce rapport est tout à fait fausse. Nous disons en premier lieu qu'il ne s'agit pas là nécessairement de l'interdit *utrubi :* en effet, le premier passage peut tout aussi bien s'entendre de tout interdit *adipiscendæ possessionis,* et le second ne présuppose nullement un droit d'agir au possessoire; au contraire, d'autres passages prouvent à l'évidence que l'*actio ad exhibendum* pouvait s'intenter indépendamment de tout autre droit quelconque, du moment que, pour la faire admettre, un intérêt véritable se joignait à une

(1) Les deux passages se trouvent dans A. A. PAGENSTECHER *in admonitor. ad Pand.* lib. 43, tit. 31 (*ed. Groning.* 1715, 8°, p. 775), et avant lui dans CUJAS *obs.* V, 23, et *Paratit. in Dig. tit. utrubi.*

justa causa (1); à ces conditions, la possession elle-même pouvait immédiatement s'acquérir par cette action (2). — Nous disons, en second lieu, que la conclusion du raisonnement est fausse : en effet, s'il est vrai que l'*actio ad exhibendum* peut préparer l'interdit *utrubi*, il n'est cependant pas nécessaire d'admettre qu'il s'agisse d'une possession perdue. Le *commodans*, et d'autres encore, ne perdent pas la possession lorsque celui à qui ils ont confié une chose, sans commettre par *contrectatio* un véritable *furtum*, refuse simplement de la leur restituer. Dans un cas de ce genre, l'interdit *utrubi* pourra, comme interdit *retinendæ possessionis*, être sans aucun doute préparé par l'*actio ad exhibendum*. On pourrait expliquer de la même manière la L. 14, C., *de agricolis* dont nous allons parler.

C. L. 14, C., *de agricolis* (comp. *Cod. Theod.*, IV, 23) (3) :

« *Si coloni, quos bona fide quisque* POSSIDET (4), *ad alios fugæ*
« *vitio transeuntes necessitatem propriæ conditionis declinare*
« *tentaverint, bonæ fidei* POSSESSORI *primum oportet celeri refor-*
« *matione succurri : et tunc causam originis et proprietatis*

(1) L. 3, §§ 9, 10, 11, 14, *ad exhib.*

(2) L. 5, § 1, *ad exhibendum.*

(3) J. GOTHOFR. *in* L. *cit.*, KLEPE, *de nat. et ind. poss.*, p. 25.

(4) « POSSEDIT » se trouve dans sept manuscrits de Paris, dans le manuscrit de Gœttingen, et dans les éditions suivantes : *Mog.* 1477, f. (*ap. Schœffer*), *Basil.* 1478, f. (*ap. Wenssler*), *Ven.* 1491, f. (*ap. Arrivabene*), *Ven.* 1498, f. (*ap. Tortis*), *Lugd.* 1508, f. (*ap. Nicol. de Benedictis*), *Lugd.* 1512, f. (*ap. Fradin*), *Paris* 1511, 1515, 4° (*ap. A. Boucardum et I. Parvum*), HAL., CONT. I. (*Paris* 1539, f.), CONT. II (*Paris* 1562, 8°), RUSSARD. De même dans le code Théodosien (mais d'après le *breviarium*) — « POSSIDET » se trouve dans les éditions suivantes : CONT. III (*Paris* 1566, f.), CONT. IV (*Lugd.* 1571, 12), CHARONDAS, CONT. V (*Paris* 1576, f.); puis dans toutes les éditions de GOTHOFREDUS et de là dans GEBAUER aussi.

« *agitari.* » La leçon *possidet*, qui est évidemment puisée dans des manuscrits, puisqu'elle a pour elle l'autorité d'éditeurs si importants, se confirme par le mot *possessori*, car ce mot ne saurait, s'il faut l'expliquer d'une manière naturelle, signifier autre chose que *ei qui possessor* EST. Le contenu même de la loi confirme encore davantage cette leçon. Les *coloni*, qu'on assimile ici, comme sous d'autres rapports encore, aux esclaves (1), s'étaient enfuis et se prétendaient de naissance libre, en se plaçant sous la protection d'un tiers. C'est contre ce tiers qu'il fallait agir. Ce tiers n'était donc pas possesseur des colons, puisqu'il ne voulait aucunement l'être; les colons étaient considérés comme *servi fugitivi*, et à ce titre ils continuaient à être possédés par leur possesseur antérieur (2). Il s'agit donc réellement ici de l'interdit *utrubi*, ce qui ressort d'ailleurs aussi de la rubrique du titre dans le code Théodosien, et des mots *bonæ fidei possessori* qui rappellent les exceptions qu'on pouvait opposer à cet interdit comme à l'interdit *uti possidetis;* mais l'interdit lui-même est ici, comme partout ailleurs, un interdit *retinendæ possessionis.*

D. PETRON. C. 13 (3).

Pétrone raconte qu'un vêtement perdu ayant été trouvé par un tiers, il fallut employer un interdit contre ce dernier. Ce passage prouverait sans doute la proposition, si le témoignage de Pétrone pouvait être de quelque autorité dans une question toute spéciale de droit civil.

(1) GOTHOFREDI *paratit. in Cod. Theodos.*, V, 9.

(2) WENCK *Cod. Theod. libri V priores*, p. 268, adopte la leçon *possedit* en y mêlant des idées fausses sur la *civilis possessio* (note de la 6e éd.). Voyez p. 326.

(3) PAGENSTECHER, *l. c.* Voyez, plus haut, p. 52.

Tous ces arguments ne prouvent donc pas ce qu'on veut leur faire prouver; mais en voici qui ne laissent aucun doute (1) :

A. THÉOPHILE (2), qui doit avoir encore connu l'ancienne forme de l'interdit, donne expressément l'exemple suivant : « Lorsque je possède une chose pendant sept mois, et qu'un « autre la possède pendant les cinq mois *suivants*, je gagne le « procès et l'adversaire doit me *restituer* la possession. »

B. Si l'on admettait l'opinion contraire, un grand nombre de cas, notamment celui que cite Théophile, auraient été insolubles.

La règle n'est donc pas douteuse en pratique, mais comment l'expliquer théoriquement? Faut-il pour cette raison considérer l'interdit *utrubi* comme un interdit *recuperandæ possessionis?* Ce point est de la plus grande importance pour ma théorie des interdits possessoires, puisque la violation matérielle, que j'exige dans tous les cas, n'existe certainement pas pour l'interdit *utrubi*, s'il est *recuperandæ possessionis*. Mais nous avons des preuves évidentes que jamais les Romains ne le considéraient comme tel. Gaius et Paul, qui tous deux ne savent rien de sa nouvelle forme, le classent expressément parmi les interdits *retinendæ possessionis* à côté de l'interdit *uti possidetis* (3). Paul,

(1) C'est HUGO qui m'a signalé le premier de ces arguments.

(2) THEOPHILUS *in* § 4, I. *de interdictis.* GAIUS, IV, § 152, suppose le cas inverse.

(3) GAIUS, IV, § 148. PAUL, V, 6, § 1. « *Retinendæ possessionis gratia comparata sunt interdicta, per quæ eam possessionem, quam jam habemus, retinere volumus : quale est uti possidetis de rebus soli, et utrubi de re mobili.* » Peut-être pourrait-on, à ce point de vue, défendre même la leçon *possidet* dans GAIUS, IV, § 150, p. 238, lin. 5, leçon qui a été transformée en *possedit* sur la proposition que j'en avais faite. (Voyez Appendice, n° 147.)

en parlant peu après de l'interdit *de vi*, pose le principe connu d'après lequel cet interdit ne peut s'appliquer aux choses mobilières, et indique une autre action pour en tenir lieu en pareil cas. Or, ici, où l'interdit *utrubi* aurait dû être mentionné avant tout autre, si jamais il avait pu s'appliquer à la possession *perdue*, Paul n'en dit absolument rien (1).

Voici maintenant comment tout ceci s'explique. L'interdit *utrubi* est *retinendæ possessionis;* seulement, par une fiction toute spéciale (2), la possession de la *major anni pars* est considérée comme étant la possession *actuelle* (3). Or, si le demandeur n'est pas actuellement possesseur, la violation matérielle de la possession consiste dans le refus actuel de rendre la chose. Peu importe que le défendeur s'en soit auparavant emparé par violence, ou qu'il en ait obtenu la possession d'une manière irréprochable. Il se peut que la possession de la *major anni pars* et l'acte de violence coïncident; mais ce ne sera là qu'une cir-

(1) PAUL, V, 6, § 5 : « *De navi vi dejectus hoc interdicto (de vi) experiri non potest: sed utilis ei actio de rebus recuperandis, exemplo de vi bonorum raptorum, datur. Itemque de eo dicendum est, qui carruca aut equo dejicitur...* » — Un passage semblable d'ULPIEN (L. 1, § 6, *de vi*) est moins décisif parce qu'il pourrait être interpolé.

(2) Cette fiction, et tout ce caractère particulier de l'ancien interdit *utrubi*, nous paraîtraient probablement fort naturels, et même nécessaires, si nous connaissions complétement l'ensemble de la procédure romaine. (Voyez Appendice, n° 148.)

(3) Je trouve déjà cette opinion dans WIELING *fragm. edicti perpet. Francq.* 1733, 4, p. 325, 326 : « *Duplex fuisse hoc interdictum videtur : unum prohibitorium, cujus verba hoc tit. referuntur : alterum restitutorium, quod omittitur... ceterum retinendæ magis possessionis hoc interdictum fuisse, quam recuperandæ, si proprie et ex arte loquamur : possessio enim, quæ hoc interdicto retineri dicitur, non est præsens, verum majoris anni partis : ita ut vere retineatur possessio, illa nempe majoris anni partis, quam dixi; sed recuperetur tantum præsens, si tempore interdicti mutata adpareat.* »

constance accidentelle (1), et c'est en cela que se manifeste bien clairement la différence essentielle entre l'interdit *utrubi* et les interdits *recuperandæ possessionis* (2). — Toutefois je ne nie pas que cette coïncidence se présente réellement dans la plupart des cas ; le résultat pratique de l'interdit sera alors le même que s'il était *recuperandæ possessionis*. C'est ce qui résulte surtout encore du motif suivant. Lorsqu'un acte de violence me prive en réalité de la possession d'une chose mobilière, et que j'intente l'interdit dans le courant de l'année, je dois nécessairement l'emporter à cause de l'*exceptio vitiosæ possessionis* dont il va être question. Aussi l'insistance avec laquelle nous refusons de voir dans l'interdit *utrubi* autre chose qu'un interdit *retinendæ possessionis* n'a d'importance qu'au point de vue théorique, car nous verrons au paragraphe suivant qu'en pratique il s'employait et devait s'employer à la place de l'interdit *unde vi* (3).

Nous avons parlé jusqu'ici des conditions d'application de cet interdit ; les effets qu'il produit n'ont rien de spécial. Dans ce cas aussi, il s'agit principalement d'empêcher le trouble de la possession (4), il faut en outre réparer le dommage causé.

Il nous reste à signaler les exceptions que l'on pouvait lui

(1) Voilà pourquoi PAUL (*l. c.*) ne nomme pas du tout l'interdit *utrubi* dans un cas de dépossession violente.

(2) L'observation qui suit maintenant dans le texte a été ajoutée dans la 4e édition.

(3) (Add. de la 6e édition.) On pourrait donc concevoir, en admettant notre opinion, que les Romains, tout en considérant cet interdit comme *retinendæ possessionis*, l'aient cependant cité aussi comme *interdictum duplex*, c'est-à-dire comme un interdit qui sera *retinendæ* ou *recuperandæ possessionis* selon les circonstances. Il me paraît même probable qu'ils se seront aussi servis de cette expression. Voyez, plus haut, les additions faites, dans la 6e édition, aux §§ 35 et 37.

(4) L. 1, pr. *de utrubi* «... *Vim fieri veto.* »

opposer. La première se base, comme dans l'interdit *uti possidetis*, sur la possession vicieuse du demandeur (1), de plus il faut ici également que le vice ait eu lieu à l'égard du défendeur même qui invoque l'exception. Dans le droit nouveau, ce dernier point aussi n'est guère douteux (2), et même pour le droit ancien ce n'est que par un singulier caprice que Cuperus a voulu le nier (3). Voici les raisons qu'il allègue : *A.* Paul ne répète pas expressément les mots « *ab adversario* (4) » ; mais cette preuve pourrait être également invoquée dans le droit nouveau, puisque ces mots manquent aussi dans un passage des Pandectes, passage du reste très-probablement interpolé (5). *B.* En second lieu, Cuperus invoque un argument *a contrario* (6) beaucoup plus faible encore que son premier motif. Par contre, il néglige complétement le témoignage des Institutes, qui parlent précisément du droit ancien (7), et l'on ne saurait imaginer aucune

(1) On peut dire ici, comme pour l'interdit *uti possidetis*, et même avec plus de certitude encore, que le défendeur habile à opposer cette exception aurait pu également gagner le procès comme demandeur par ce même interdit *utrubi;* voyez, plus loin, § 41. (Note de la 5e édition, modifiée dans la 6e.)

(2) § 4, in f. I. *de interdictis.*

(3) *De nat. poss.* P. 2, C. 7. — Chez certains auteurs modernes, ce caprice devient une certitude historique.

(4) PAUL, V, 6, § 1 : « *Et in priore quidem* (*uti possidetis*) *is potior est, qui redditi interdicti tempore nec vi, nec clam, nec precario,* AB ADVERSARIO *possidet. In altero vero* (*utrubi*) *potior est, qui majore parte anni retrorsum numerati nec vi, nec clam, nec precario possedit.* »

(5) L. 1, § 1, *de utrubi.*

(6) L. 2, *uti possidetis.* « *Justa enim an injusta adversus ceteros possessio sit,* IN HOC INTERDICTO *nihil refert.* » Donc, dit Cuperus, il en est autrement dans l'interdit *utrubi.*

(7) § 4, I. *de interd.* « *Utrubi vero interdicto is* VINCEBAT *qui majore parte ejus anni nec vi, nec clam, nec precario* AB ADVERSARIO *possidebat.* HODIE TAMEN... »

raison de ne pas voir dans ce témoignage une preuve péremptoire. Gaius enfin décide complétement la question (1). — La deuxième exception opposable à l'interdit *uti possidetis* était, on se le rappelle, la prescription annale (2) : cette exception ne semble pas admise ici, car elle ne se trouve écrite ni dans l'Édit (3) ni aux Institutes (4); mais, en fait, elle disparaissait dans le droit ancien devant la manière particulière de compter le temps de la possession, et dans le droit nouveau son admissibilité résulte de l'assimilation complète des deux interdits (5).

§ 40.

INTERDICTUM DE VI.

Sources relatives à l'interdit *de vi* (voyez Appendice, n° 149) :

CICÉRON, *pro A. Cœcina.*

CICÉRON, *pro Tullio* (*in Ciceronis orat. frag. ed. Peyron.* Stuttgart, 1824, 4°, p. 96-109).

GAIUS, IV, §§ 154, 155.

§ 6, I. *de interdictis.*
Dig., lib. 43, tit. 16.
Cod. Just., lib. 8, tit. 4, 5.
Cod. Theodos., lib. 4, tit. 22.
} Voy. l'introduction.

Auteurs à consulter :

Pour le discours de Cicéron *pro Cœcina* on peut voir, outre

(1) GAIUS, IV, § 150 : « *Si vero de re mobili, tunc eum potiorem esse jubet, qui majore parte ejus anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possedit.* »

(2) Voyez p. 397.

(3) L. 1, pr. § 1, *de utrubi.*

(4) § 4, I. *de interd.*

(5) Cette observation a été ajoutée dans la 4e édition.

les éditions générales des discours de Cicéron, *cum notis variorum,* quelques éditeurs et commentateurs spéciaux de ce discours : Jac. Omphalius (Paris, 1535, 8), Barth. Latomus (*Argentor.*, 1539, 8) et Pet. Pellitarius (Paris, 1540, 4°).

L'écrit suivant est toutefois beaucoup plus important et plus utile :

Henr. Const. Cras, *diss. qua spec. jurispr. Ciceron. exhib., s. Ciceronem justam pro A. Cœcina causam dixisse ostenditur. Lugd. Bat.* 1769, 4°.

C'est un travail consciencieux qui ne s'occupe pas seulement du discours de Cicéron, mais qui traite de cet interdit dans son ensemble. Il n'a pourtant pas rendu plus probable qu'auparavant, que Cicéron ait défendu une bonne cause.

Ferd. Gotth. Fleck *comm. binæ de interdicto unde vi et remediis spolii, Lips.* 1797, 8. (Voy. l'introd.) La première partie de ce livre concerne seule cette matière, et elle est empruntée à Cras, sauf quelques additions sans importance. (Voyez Appendice, n° 150.)

Celui qui avait été dépossédé par violence se faisait remettre en possession de différentes manières, selon que la violence avait été exercée avec ou sans armes. Pour cette raison, on distingue ordinairement deux interdits : *de vi quotidiana,* et *de vi armata.* Mais en réalité il n'y avait là qu'un seul et même interdit *de vi* dont on se servait tantôt d'une manière régulière : c'est l'interdit *de vi* purement et simplement, tantôt d'une manière exceptionnellement rigoureuse à l'égard du défendeur : c'est l'interdit *de vi armata* (1). La violence ordinaire, qu'on pourrait appeler

(1) Les deux cas peuvent se comparer à un *mandatum cum clausula* et *sine clausula.*

violence de tous les jours, constituait le cas normal; voilà pourquoi elle ne se distingue pas par une épithète spéciale. Une fois Cicéron, pour caractériser cette violence, la nomme *vis quotidiana*, et appelle l'interdit, dans ce cas, *quotidianum interdictum* (1); mais il ne faut voir là qu'une manière de dire et non pas un terme consacré. Cet interdit diffère totalement de l'ancienne procédure préparatoire à la revendication, dont la forme se basait principalement sur une violence symbolique, sur la *deductio quæ moribus fit* et les *manus consertæ*, appelées par Gellius *vis civilis* et *festucaria* (2). Ici tout était simple forme, sans réalité positive, tandis que l'interdit *de vi* reposait toujours sur une violence véritable et sérieuse, qu'elle fût accomplie avec ou sans armes. Nos jurisconsultes modernes ont presque toujours confondu, de l'une ou de l'autre manière, cette *vis civilis* avec ce que Cicéron appelle *vis quotidiana*. Tantôt l'interdit *de vi* était pour eux une partie intégrante des *manus consertæ*, tantôt au contraire la *deductio quæ moribus fit* était une forme empruntée aux interdits. Cette confusion devait avoir pour effet de fausser les idées sur toute cette matière (3).

(1) CICERO *pro Cæcina*, cap. 31, 32.

(2) GELLIUS, lib. 20, cap. 10 à la fin.

(3) J'ai fait de cette question l'objet d'une dissertation spéciale dans la *Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss.*, vol. 3, p. 421 et suiv.; seulement, j'y ai toujours désigné par les mots *lis vindiciarum* la procédure symbolique usitée au début de la revendication. Je rejette aujourd'hui complétement cette dénomination, en me fondant sur les §§ 16, 91 et 94 du livre IV de GAIUS. — La confusion que nous avons signalée et critiquée dans le texte s'explique à un certain degré par ce fait que quelquefois en effet l'interdit et les *manus consertæ* pouvaient servir à des buts semblables. Voulait-on revendiquer un fonds dont on avait été expulsé par violence, on pouvait immédiatement faire régler la question de possession au moyen des *manus consertæ*, afin de revendiquer ensuite, et il est probable qu'on était alors remis provisoirement en possession; mais on pouvait aussi

La distinction entre les deux degrés de violence s'observait encore du temps des jurisconsultes classiques; mais comme Justinien ne la connaît plus (1), nous ne pourrions même en retrouver avec certitude les traces dans les fragments des écrits des anciens jurisconsultes (2), s'il ne nous en restait dans Cicéron des données assez positives. Dans le droit nouveau, il n'y a donc qu'une seule règle pour l'interdit *de vi* (3) et cette règle est empruntée en partie à la *vis armata*, en partie à la *vis quotidiana* de l'ancien droit. Mais comme dans ce droit lui-même la distinction ne consistait que dans quelques modifications spéciales, il suffira, en exposant les principes du droit nouveau, de signaler ces déviations.

recourir tout d'abord à l'interdit, et alors l'acte symbolique ultérieur n'était qu'une simple formalité, puisque tout ce qu'exigeait la préparation de l'action en revendication avait déjà été réglé au moyen de l'interdit.

(1) Il n'y a, d'après les Pandectes, qu'une seule distinction à faire : les enfants et les affranchis peuvent invoquer contre leurs parents et patrons l'interdit *de vi armata*, mais non l'interdit ordinaire *de vi* : à la place de ce dernier ils ont une *actio in factum* (L. 1, § 43, *de vi*). Deux autres textes leur refusent l'interdit d'une manière absolue (L. 2, § 1, L. 7, § 3, *de obsequ.*) ; la différence entre un interdit et une action ordinaire n'avait du reste déjà plus aucune valeur actuelle à l'époque de Justinien.

(2) Le cas de la *vis quotidiana* est prévu dans la L. 1, *de vi;* celui de la *vis armata* dans la L. 3, *de vi* (CUJAS *in Paulum*, V, 6, § 3). C'est ainsi que s'explique aussi la rubrique aux Pandectes : « *de vi et de vi armata.* » Nous verrons plus loin les traces des règles propres à chacun de ces deux cas.

(3) L'interdit *de vi*, dans le droit nouveau, repose toujours sur la règle de l'Édit : *unde illum vi dejecisti, id illi restituas.* C'est à cette formule de l'interdit que correspondait la réponse du défendeur; soit qu'il niât le fait servant de base à la demande, la *dejecito*, soit qu'il invoquât une exception, toujours il disait : « *se illum restituisse.* » CICÉRON, *pro Cæcina*, cap. 8, cf. cap. 19, 21, 28, 29, 32. — Dans les Pandectes on a transformé le *restituas* de l'Édit en *judicium dabo.* Comp. *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.* vol. 3, p. 306.

La première condition pour pouvoir invoquer cet interdit, c'est d'avoir été véritable possesseur juridique lors de l'acte de violence par lequel on a été dépossédé (1). Dans le droit nouveau, ce point ne saurait soulever le moindre doute, puisque les sources disent bien clairement qu'il faut véritable possession, mais que la CIVILIS *possessio* n'est pas nécessaire (2). Pour le droit ancien, la question est d'autant plus difficile. Cicéron dit expressément que la possession n'est pas une condition de l'interdit *de vi armata* (3), et cette assertion mérite bien d'être examinée de près. Voici en peu de mots le procès dans lequel Cicéron se présente comme avocat du demandeur : Cæcina prétend avoir hérité d'un fonds; Æbutius, en invoquant d'autres titres, prétend en avoir la propriété. Le premier, voulant se rendre sur le fonds en question, se voit repoussé par Æbutius qui est à la tête d'une troupe armée. Il est fort probable que Cæcina n'avait pas encore été en possession du fonds. Cicéron dit, il est vrai, qu'il l'avait été, mais ce fait, qui aurait été le plus essentiel et le plus décisif de tous, n'est indiqué qu'en dernier lieu, en peu de mots seulement et comme surabondant en quelque sorte (4). On voit que l'orateur voulait évidemment le laisser dans l'ombre; et néanmoins ces quelques mots nous donnent déjà plus d'un motif de

(1) On applique à la preuve de ce fait le même principe établi plus haut (p. 370 et suiv.) pour les actions possessoires en général.

(2) L. 1, §§ 9, 10, 23, *de vi*. L. 4, § 28, *de usurp.* — Il faut cependant remarquer ici que dans ces derniers temps on a souvent soutenu que la possession dans l'interdit *de vi* était autre, moins rigoureuse, en quelque sorte, que dans l'interdit *uti possidetis*, et que la simple détention du fermier, ou commodataire, etc., suffisait déjà pour donner droit à l'interdit *de vi*. Voyez, plus haut, l'addition faite à la fin du § 10. (Note de la 6e éd.

(3) *Pro Cæcina*, cap. 31, 32.

(4) *Pro Cæcina*, cap. 32.

conclure précisément à l'opposé de son assertion (1). Or, si Cæcina n'avait en effet jamais eu la possession, il ne pouvait évidemment gagner son procès que si le juge admettait qu'elle n'était pas une des conditions nécessaires de l'interdit; son avocat avait dès lors à donner à cette erreur les apparences les plus plausibles et c'est effectivement ce qu'a fait Cicéron, qui ne peut donc être cité comme autorité sur ce point (2). Un texte du passage en question exige toutefois une explication particulière : « *Cur ergo aut in illud quotidianum interdictum*, UNDE ILLE ME « VI DEJECIT, *additur*, CUM EGO POSSIDEREM, *si dejici nemo potest*, « *qui non possidet : aut in hoc interdictum*, DE HOMINIBUS « ARMATIS, *non additur, si oportet quæri, possederit, nec ne?* » Cicéron rappelle ici la formule consacrée, que tout le monde connaissait : l'argument doit donc réellement avoir eu une base quelconque; mais l'orateur en aura tiré une conséquence erronée. Peut-être peut-on expliquer la chose de la manière suivante. Dans les cas ordinaires, c'est-à-dire lorsqu'il n'y avait pas eu de violence à main armée, l'interdit *de vi* se formulait ainsi : « *unde ille me vi dejecit, cum ego* NEC VI, NEC CLAM, NEC

(1) Remarquons surtout les mots : « *Cæsenniam possedisse* PROPTER USUMFRUCTUM *non negas* » (Voyez, plus haut, p. 270), qui ôtent toute importance à ce qui suit : « *Cæcina...* VENIT *in istum fundum*, RATIONES A COLONO ACCEPIT, *sunt* IN EAM REM *testimonia*, » et il devient évident que cela ne renferme nullement une prise de possession, puisqu'on ne parle que d'un règlement de compte pour le passé. CRAS lui-même (p. 30) trouve les mots « *propter usumfructum* » si gênants qu'il les efface, procédé qui s'appuie, il est vrai, de l'exemple de plusieurs éditeurs, mais que n'autorise aucun manuscrit (voy. la note de *Beck in opp.*, vol. 2, t. 2, p. 308, *ed. Lips.* 1800, 8).

(2) C'est le seul passage où CRAS lui-même n'ose plus défendre l'orateur; il se borne à dire qu'un seul motif erroné ne vicie pas toute la cause. GIPHANIUS *in Cod. tit. unde vi* (*expl. Cod.* P. 2, p. 276) avait déjà apprécié ce passage de la même manière.

PRECARIO AB ILLO *possiderem* (1). » Tout ce membre de phrase ne fait donc que rappeler les trois exceptions que nous connaissons, et les mots « *cum ego possiderem* » se trouvent ici uniquement à cause de ces exceptions, et non pas pour indiquer la possession en elle-même, qui se trouve suffisamment indiquée par les mots « *unde me dejecisti* (2). » Si la violence avait eu lieu à main armée, les exceptions cessaient de pouvoir être opposées et dès lors les mots *cum ego... possiderem* disparaissaient sans que pour cela la possession eût été moins nécessaire pour donner droit à l'interdit. Il est donc fort probable que Cicéron tira parti de l'omission de ces mots, pour en faire sortir une conséquence aussi erronée qu'indispensable au point de vue de la cause de Cæcina. — La plupart de nos jurisconsultes ont tenu pour vraie l'assertion de Cicéron et l'ont interprétée dans ce sens que la simple détention, sans possession juridique, aurait suffi pour pouvoir invoquer l'interdit dans le cas de violence à main armée (3). Mais, non-seulement Cicéron n'exprime pas formellement cette distinction ; il ne peut même pas l'avoir eue en vue, car Cæcina n'était pas dans le cas d'un fermier à qui on n'aurait dénié que la possession juridique : au contraire, ou il

(1) Cela résulte : 1° du discours de Cicéron *pro Cæcina*, cap. 32 : « ... *ne id quidem satis est, nisi docet ita se possedisse, ut* NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO POSSEDERIT ; » 2° d'un passage de la *lex agraria* v. XVIII, MOMMSEN *corp. inscr. lat.*, vol. 1, p. 80 : « *quod ejus is quei ejectus est possederit*, QUOD NEQUE VI NEQUE CLAM NEC PRECARIO POSSEDERIT AB EO, QUEI EUM EA POSSESSIONE VI EJECERIT. »

(2) Cette opinion est confirmée par un passage de Cicéron *pro Tullio*, cap. 44 : « *Deinde additur illius causa quicum agitur* CUM ILLE POSSIDERET, *et hoc amplius, quod* NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO POSSIDERET. » (Note de la 5e éd.)

(3) Par exemple, CUJAS *in Paulum*, V, 6, § 3 et *in* L. 18, *de vi* (lib. 26, *quæst. Papin. opp.*, IV, p. 632. — Ici la proposition paraît même admise comme règle de droit constante !)

était possesseur juridique, ou il n'avait pas même la simple détention, de sorte que cette distinction n'aurait eu ici aucun sens. Or, comme ce passage de Cicéron est le seul que nous ayons sur cette matière, il est certes tout à fait arbitraire de vouloir le baser sur une semblable distinction. Westphal évite avec bonheur toutes ces difficultés (1) : il admet comme vraie l'assertion de Cicéron, la prend à la lettre, et considère par conséquent l'interdit *de vi armata* à la fois comme un interdit *adipiscendæ* et *recuperandæ possessionis!* (Voyez Appendice, n° 151.)

La seconde condition de cet interdit, c'est que la possession ait été troublée par un acte de violence. Et toute violence ne suffit pas ici comme pour les interdits précédents : il faut qu'il y ait *atrox vis* (2). Ces mots ne désignent toutefois pas une violence particulièrement brutale, consistant, par exemple, en mauvais traitements ou blessures (3), mais toute violence telle qu'elle rende impossible la continuation de la possession (4).

(1) *Arten der Sachen*, etc., § 245.

(2) L. 1, § 3, *de vi* : « *Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum.* » WESTPHAL (§ 275) entend par là une violence *d'une certaine importance* (*eine ziemliche Gewalt*) expression évidemment insuffisante.

(3) Voilà pourquoi le passage suivant de Cicéron ne contredit nullement notre règle (*pro Cæcina*, cap. 16, p. 274) : « *Cum de jure et legitimis hominum controversiis loquimur et in his rebus* VIM *nominamus*, PERTENUIS VIS INTELLIGI DEBET. »

(4) L. 1, § 29, *de vi* « ... *Pomponius ait*, VIM (*sc. in hoc interdicto*) *sine* CORPORALI VI *locum non habere.* » (Voyez, plus haut, p. 330.) Ulpien ne nie pas cette proposition; il en précise seulement l'application. Il n'y aura pas à distinguer si la violence corporelle a été réellement exercée, ou si l'on a évité celle dont on était seulement menacé : dans l'interdit *uti possidetis*, cette dernière condition n'était pas même requise. — Une seconde preuve à l'appui de cette interprétation de l'*atrox vis* se trouve dans la L. 3, § 1, *quod metus* : « ... *vim accipimus atrocem*, » c'est-à-dire dans l'Édit *quod metus causa* : ailleurs cependant la violence dont on

C'est pour cela qu'elle blesse la personne du possesseur plus directement et d'une manière plus complète que ne le fait le simple trouble requis pour les interdits *retinendæ possessionis* (1), et à ce point de vue on peut la considérer comme une violence d'un degré supérieur, quoique toutes les deux aient cela de commun qu'elles constituent une action exercée par un autre sur la volonté du possesseur, et qu'elles violent par conséquent sa liberté personnelle (2). La violence affectant directement la personne est ainsi la condition qui distingue cet interdit de l'interdit *retinendæ possessionis*. D'après le droit nouveau, l'emploi des armes dans la perpétration de cette violence est une circonstance tout à fait indifférente.

Il faut, comme troisième condition, que la violence ait été exercée par le défendeur lui-même. — Toutefois cette règle subit plusieurs exceptions : *A*. Celui par la volonté duquel la violence a été exercée, par exemple celui qui en a chargé un autre, en est responsable comme ce dernier. — Voici l'historique de cette exception (3) : En principe, l'interdit portait : *unde tu... dejecisti*. Certains défendeurs abusèrent de cette formule en prétendant que ce n'étaient pas eux, mais d'autres (par leur ordre il est vrai), qui avaient expulsé le possesseur. Pour écarter cette subtilité, les préteurs insérèrent une deuxième formule dans l'Édit : *unde dolo malo tuo... vi detrusus est*, formule qui comprenait expressément le cas en question, et dès lors le deman-

parle ici, la *vis atrox* par conséquent, est expliquée de la manière suivante : « *vis enim fiebat mentio,* PROPTER NECESSITATEM IMPOSITAM CONTRARIAM VOLUNTATI. » (L. 1, C. *eod.*) et : « *Vis autem est majoris rei impetus,* QUI REPELLI NON POTEST » (L. 2, *eod.*)

(1) Voyez notre § 37.

(2) Ce passage a été ajouté dans la 6e édition.

(3) Cet exposé a été ajouté dans la 5e édition.

deur avait le choix entre l'ancienne formule et la nouvelle (1). Plus tard on interpréta le *dejecisti* dans ce sens qu'il comprenait aussi le *dejici fecisti*; dès ce moment la précaution employée par l'Édit devint inutile, et l'ancienne formule fut de nouveau suffisante (2).

B. L'héritier ne répond dans cet interdit que de ce dont il se trouve enrichi : *in id quod ad eum pervenit* (3), ou de ce qu'il aurait acquis, s'il n'avait pas commis de dol (4). Il en est autrement du *singularis successor*, par exemple de celui qui a acheté la maison dont le possesseur avait été violemment expulsé : ce successeur à titre particulier ne saurait être actionné par l'interdit (5).

C. Si la violence avait été exercée par des esclaves, et sans l'assentiment du maître, une double responsabilité incombait à ce dernier : on pouvait d'abord intenter contre lui l'interdit, comme toute autre *actio ex delicto*, en qualité d'action noxale ; il devait ensuite restituer tout ce que l'acte de violence de ses esclaves lui avait fait acquérir : *id quod ad eum pervenerat* (6). Cette dernière obligation a même une portée bien plus générale : elle comprend tous les cas où nous acquérons quelque chose au moyen d'un acte de violence exercé soit par un tiers en notre nom, soit même simplement par une personne qui dépend de nous (7).

(1) C'est ainsi que le raconte Cicéron, PRO TULLIO, cap. 29, 30, 44, 46. La formule ancienne se trouve au chap. 44, la nouvelle au chap. 29 ; elle se trouvait répétée au chap. 46, où il y a une lacune dans le manuscrit; ce chapitre ne fait donc que reproduire ce qui se trouve au chap. 29, et ce serait une erreur de l'entendre de l'interdit *de vi* ARMATA.

(2) L. 1, §§ 12-15. L. 3, §§ 10-12, *de vi.*

(3) L. 1, § 48, L. 3, pr., L. 9, pr., *de vi.* L. 11, C. *de poss.*

(4) L. 2, *de vi.*

(5) L. 3, § 10, *uti possidetis.*

(6) L. 1, § 11 ; §§ 15-19 ; § 21, *de vi.*

(7) Applications de cette règle : A. L. 4, *de vi* : « *Si vi me dejecerit qui*

En quatrième lieu, il faut que l'acte de violence ait réellement enlevé la possession (1); il faut, en d'autres termes, qu'il puisse être considéré comme une véritable *dejectio* (2). Nous avons vu plus haut comment un fait matériel peut faire perdre la possession (*corpore*). Dans tous ces cas, il ne s'agit donc que de savoir si c'est la violence d'autrui qui a causé la perte, et ce point ne fera ordinairement pas de difficulté. Il importe peu, par exemple, que la violence ait été réellement exercée, ou qu'une crainte fondée l'ait fait éviter, pourvu qu'il y ait eu, non pas crainte d'un danger à venir, mais danger actuel et immédiat (3). De même il est indifférent que le possesseur ait été expulsé de sa maison, ou qu'on l'ait seulement empêché d'y rentrer (4), et en combinant ces deux règles, il devient évident que lorsque la maison a été occupée pendant l'absence du possesseur, ce dernier pourra, comme *dejectus,* invoquer l'interdit, quand même il n'aurait fait aucun effort pour se maintenir dans sa possession (5). Au contraire, l'interdit n'a jamais lieu lorsque c'est par tradition que la

nomine municipum, in municipes mihi interdictum reddendum Pomponius scribit : SI QUID AD EOS PERVENIT. » — *B.* L. 1, § 20, *de vi* : « *Si filiusfamilias vel mercenarius vi dejecerit,* UTILE INTERDICTUM COMPETIT; » c'est-à-dire contre celui qui avait loué les services de l'esclave, ou contre le père, et cela *in id quod pervenit,* car c'est de cela qu'il a été question dans les mots qui précèdent. La L. 16, *de vi,* ne concerne pas encore cette question.

(1) L. 1, § 45, *de vi* (voyez, plus haut, p. 158).

(2) Déjà du temps de Cicéron *dejicere* était le terme technique ; auparavant on disait *detrudere* (CIC. *pro Cœcina,* cap. 17), terme qui se retrouve encore dans la L. 4, § 27, *de usurp.*

(3) C'est ainsi que doivent se concilier les fragments contradictoires en apparence (voyez, plus haut, p. 330).

(4) « EX *aliquo loco* » et « AB *aliquo loco dejicere,* » exprimés l'un et l'autre par les mots « UNDE *dejecisti.* » CIC. *pro Cœcina,* cap. 30, 31.

(5) Voyez, plus haut, p. 334, note 2, et particulièrement L. 3, §§ 8, 9, *de poss.* (Voyez, plus haut, p. 356, etc.)

possession a été transférée, quand même cette tradition aurait été l'effet de la crainte. Dans cette dernière hypothèse, d'autres actions pourraient être fondées (1), l'interdit ne serait pas admissible(2). Dans la plupart des cas, l'application de la notion de la *dejectio* ne présentera donc pas de difficulté. Mais il en est un dont nous devons encore parler spécialement. Si l'on perd la possession par un acte de violence, mais que, recourant aussi à la violence, on la recouvre immédiatement, on n'a en réalité jamais cessé de posséder (3). Il n'y a donc pas là deux dépossessions violentes qui se succèdent; il n'y a qu'un seul et même fait par lequel le possesseur protége sa possession par la violence. L'importance pratique de cette manière de voir est grande. S'il y avait une double *dejectio*, la légalité de la seconde ne pourrait être opposée à l'adversaire que par le moyen d'une exception, et cette exception ne se retrouve plus dans le droit nouveau (4).

(1) L. 9, pr. *quod metus* (ULP., lib. 11, *ad Ed.*) « ... *sed et si per vim possessionem tradidero : dicit Pomponius hoc* (*huic*) *Edicto* (*sc.* QUOD METUS) *locum esse.* »

(2) L. 5, *de vi* (ULP. lib. 11, *ad Ed.*) : « *Si rerum* » (ACCURS. *al. incipit* « SI METU » *et al.* « SI RERUM ») « *tibi possessionem tradidero dicit Pomponius, unde vi interdictum cessare : quoniam* NON EST VI DEJECTUS, QUI COMPULSUS EST IN POSSESSIONEM INDUCERE. » — CRAS (p. 18, n° 1) émet l'opinion bien plausible que ce passage et le précédent (L. 9, *quod metus*) ne faisaient qu'un, de sorte que nous devrions lire dans notre texte : « *Si* PER VIM, etc. » (Voy. DIRKSEN *Abhandlungen*, I. 451).

(3) L. 17, *de vi* : « *Qui possessionem vi ereptam, vi in ipso congressu recuperat,* IN PRISTINAM CAUSAM REVERTI POTIUS QUAM VI POSSIDERE INTELLIGENDUS EST : *idcoque si te vi dejecero, illico tu me, deinde ego te : unde vi interdictum tibi utile erit.* » Ces derniers mots ne peuvent être expliqués que lorsque nous parlerons des exceptions qu'on peut opposer à cet interdit.

(4) La L. 3, § 9, *de vi*, dit seulement que cette manière d'agir du possesseur antérieur est légale; cette légalité pourrait, il est vrai, s'expliquer par cette exception, de sorte que nous ne pourrions en déduire la règle

D'après notre règle, au contraire, l'exception devient inutile parce que le fait qui seul eût pu servir de base à l'interdit, la *dejectio*, fait défaut, et que la légalité de l'acte par lequel on se maintient en possession n'est qu'une conséquence du droit général de légitime défense (1). Cette règle présente un cas d'application important lorsqu'un immeuble a été occupé pendant l'absence du possesseur (2). En effet, si le possesseur à son retour se voit violemment empêché de rentrer dans son immeuble, c'est à partir de ce moment seulement qu'il en perd la possession par *dejectio* (3); si, au contraire, il parvient à expulser son adversaire, il n'y aura pas eu de *dejectio* du tout; la possession n'aura pas été perdue; elle aura seulement été défendue, défense dont on ne peut révoquer en doute la légalité.

La cinquième condition de cet interdit concerne l'objet même de la possession : il faut que ce soit un immeuble (4). Or, puisque les mêmes raisons de protéger la simple possession existent pour les meubles comme pour les immeubles, il y aurait eu inconséquence à ne pas accorder à ceux-là un interdit, ou une autre action quelconque qui remplaçât l'interdit *de vi*. Ulpien nous indique trois actions qui, selon lui, avaient ce but : l'*actio furti*, l'*actio vi bonorum raptorum*, et l'*actio ad exhibendum* (5).

en question. Mais, comme l'exception ne pouvait s'opposer dans le cas de *vis armata* dont parle ce passage, et que la restriction « *sed hoc confestim, non ex intervallo* » lui est de tout point inapplicable, cette loi ne peut s'expliquer qu'en adoptant la règle citée; elle en renferme donc la preuve, aussi bien que la L. 17, *de vi*.

(1) L. 1, §§ 27, 28, *de vi*.

(2) Voyez p. 332, etc.

(3) L. 6, § 1, *de poss*.

(4) L. 1, §§ 3-8, *de vi*. PAULUS, V, 6, § 5.

(5) L. 1, § 6, *de vi* : « *Illud utique in dubium non venit, interdictum hoc ad res mobiles non pertinere. Nam* EX CAUSA FURTI, *vel vi bonorum*

Mais l'*actio furti* et le *furtum* lui-même, qui en est la condition, supposent des circonstances complétement indifférentes au point de vue de la simple possession, savoir : le *lucri animus*, la *contrectatio*, et, dans la personne du demandeur, un intérêt fondé sur un autre droit quelconque (1). Il en est de même de la *condictio furtiva* que le passage d'Ulpien ne mentionne pas. L'*actio vi bonorum raptorum* aussi exige un tel intérêt fondé en droit (2), et de plus, dans l'auteur de la violence, l'intention de violer ce droit en même temps que la possession elle-même (3). L'*actio ad exhibendum* enfin peut bien s'intenter en dehors de tout rapport avec une autre action, mais elle requiert également ce même intérêt qui est exigé pour les actions précédentes (4). Chacune de ces trois actions suppose donc des conditions que ne renferme pas la simple possession, et dès lors il pourra se présenter des cas où celle-ci se trouvera violée sans qu'une action quelconque soit ouverte, tandis que l'interdit *de vi* aurait certes été fondé s'il s'était agi d'un immeuble. Pour expliquer cette lacune, on peut d'abord recourir à la manière dont nous avons essayé de

raptorum actio competit : potest et AD EXHIBENDUM *agi.* » (Note de la 4e éd.) D'après des observations communiquées par HUGO, et qui ne se trouvent qu'en partie dans le *Gœtt. Anz.* 1818, p. 1536, j'interprète ce passage de la manière suivante : « *Ex causa* » signifie « *selon les circonstances* » (L. 28, § 1, *ad leg. Aquil.*) et ne doit pas se rattacher au mot *furti :* le sens est donc le suivant : « selon les circonstances on aura *l'a. furti*, ou *l'a. vi bon. rapt.* ou bien aussi *l'a. ad exhibendum.* » Il importe peu que *l'a. furti* ne soit pas *rei persecutoria*, puisqu'elle suffisait amplement à couvrir l'intérêt du demandeur. L'énumération est du reste incomplète de quelque manière qu'on interprète ce passage.

(1) L. 53, § 4. L. 71, § 1, *de furtis.*

(2) L. 2, §§ 22-24, *vi bon. rapt.* — § 2, I. *eod.* Seulement, dans certains cas, on est ici moins rigoureux que lorsqu'il s'agit de *furtum.*

(3) L. 2. § 18, *vi bon. rapt.* — § 1, I. *eod.*

(4) L. 3, §§ 9, 10, 11, *ad exhibendum* (voy. p. 401).

rattacher les interdits à l'histoire générale de la possession (1). Cette hypothèse toutefois pourrait ne pas être admise par plusieurs; d'autres pourraient la trouver insuffisante, et être d'avis qu'à l'époque où la possession reçut sa forme nouvelle, on aurait au moins dû pourvoir à toutes les exigences pratiques. Nous essayerons donc une explication fondée sur les sources que nous possédons. Les trois actions qu'Ulpien nous représente comme remplaçant l'interdit *de vi* pour les choses mobilières sont plus anciennes que les interdits; elles suffisaient donc, lors de l'établissement de ces derniers, dans la plupart des cas où il s'agissait de perte de la possession de choses mobilières. Or, les interdits, comme l'Édit tout entier, ne furent pas le produit d'un raisonnement théorique, mais des exigences de la pratique. On conçoit dès lors fort bien qu'à raison de quelques cas rares et exceptionnels, on n'ait pas songé à créer pour les meubles un interdit spécial *recuperandæ possessionis*, quoiqu'une logique rigoureuse eût dû mener ici aussi à protéger la simple possession. La circonstance suivante confirme notre supposition : Celui qui gère au nom d'autrui la possession d'une chose mobilière peut devenir infidèle à celui qu'il représente et commencer à posséder pour lui-même; toutefois le droit romain décide expressément que l'acquisition et la perte de la possession n'auront lieu, dans cette hypothèse, que lorsque le fait de ce mandataire renfermera les éléments d'un vol (2). Un premier motif de cette dérogation aux principes généraux se trouve peut-être dans la circonstance que la possession ne doit être perdue qu'à partir du moment où la chose devient *res furtiva* et se trouve, comme

(1) Voyez p. 177 et suiv.
(2) L. 4, § 18, *de poss.* Voyez p. 349.

telle, soustraite à l'usucapion ; mais un second motif, plus général que le premier, paraît être le suivant. Le possesseur ne doit perdre la possession, et par là aussi l'interdit *utrubi*, qu'à partir du moment où le vol, *furtum*, de son mandataire vient lui donner une action nouvelle, de sorte que la disposition spéciale dont nous parlons a pour effet de diminuer le nombre des cas où la possession d'une chose mobilière se trouve lésée, sans que le possesseur puisse agir en justice. — De cette manière la chose s'explique, même en s'en tenant rigoureusement à l'opinion basée sur le passage d'Ulpien cité plus haut. Si, d'autre part, on laisse de côté ce passage, et qu'on s'en tienne à la logique rigoureuse du droit ancien, la forme première de l'interdit *utrubi* résout la difficulté bien mieux encore et d'une manière plus complète, puisque cet interdit répondait parfaitement au but en vue duquel nous cherchons dans le droit nouveau un interdit particulier (1). En effet, cet interdit assurait gain de cause à quiconque avait, durant la dernière année, possédé la chose mobilière plus longtemps que l'adversaire ; et dans la comparaison de la durée des deux possessions, aucune des deux parties ne pouvait faire entrer en ligne de compte une possession vicieuse (2). Celui donc qui avait perdu la possession d'un meuble par un acte de violence n'avait qu'à agir dans le courant de l'année pour être sûr de gagner son procès, sa possession étant évidemment plus longue que celle de son adversaire, puisque cette dernière, à raison de son origine vicieuse, ne comptait pas. Du moment donc qu'on observait cette prescription annale, l'interdit *utrubi* atteignait

(1) Voyez p. 405.

(2) GAIUS, IV, § 150 : « *Si vero de re mobili, tunc* EUM POTIOREM ESSE *jubet, qui majore parte ejus anni* NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO *ab adversario possedit (possidet).* »

parfaitement, pour les meubles, le but auquel satisfaisait l'interdit *de vi* pour les immeubles. Et que l'on n'objecte pas qu'Ulpien ne nomme pas l'interdit *utrubi* dans le passage cité, où il aurait été si naturel d'en parler de préférence à tout autre; cet interdit ayant changé de nature dans la législation de Justinien, il était fort naturel qu'on supprimât, dans les Pandectes, tout ce que les écrits des jurisconsultes classiques avaient dit de sa forme primitive (1). — Ainsi, d'après cette manière de voir, la lacune en question n'aurait pas existé dans le droit ancien, et ne se serait produite que dans la législation de Justinien par la transformation de l'interdit *utrubi*. Mais cette supposition aussi manque de fondement. Bien avant Justinien, la lacune avait été comblée d'une autre manière, puisque depuis longtemps déjà l'interdit *de vi* n'était plus restreint aux seuls immeubles, et que dans la législation de Justinien, il s'applique indifféremment aux meubles et aux immeubles.

Valentinien, en effet, ordonna que la prise de possession violente de toute chose quelconque aurait deux conséquences : l'une, la restitution de la possession, l'autre, comme punition, la perte de la propriété de la chose, ou bien, si l'auteur de la violence n'en était pas propriétaire, la condamnation au payement d'une somme équivalente (2). La première de ces deux

(1) Cette explication, puisée dans l'histoire de l'interdit *utrubi*, a été ajoutée dans la 4e édition.

(2) L. 3, C. Th. *unde vi.* — L. 7, C. I. *eod.* (ce fut un cas spécial qui donna naissance à la disposition, mais elle fut générale dès le principe), § 1, I. *de vi bon. rapt.*, § 6, I. *de interd.* — Diverses applications de la règle se trouvent dans la L. 34, C. *de loc.* — L. 10, C. *unde vi.* — *Nov. Theod.* (*Valent.*) tit. 19 (dans RITTER, p. 56). — Des principes plus ou moins analogues se retrouvent dans la L. 12, § 2, la L. 13, *quod metus causa* — et dans la L. 7, *ad. leg. Jul. de vi priv.* — Enfin nous trouvons

conséquences légales doit seule nous occuper ici : elle renferme évidemment une extension de l'interdit *de vi* aux choses mobilières. Il est d'ailleurs certain que c'est ainsi que les législateurs l'ont envisagée, et qu'eux aussi n'y ont vu qu'une modification de l'ancien interdit *de vi*. Cela résulte d'abord du rapport dans lequel les sources mettent cette règle avec l'interdit (1), ensuite de ce que les conditions de son application ne sont précisées en aucune manière, ce qui, en présence de son importance et des conséquences qu'elle entraîne, serait tout à fait inexplicable, si nous ne devions y voir un renvoi implicite aux dispositions connues de l'interdit *de vi*.

ADDITION DE LA QUATRIÈME ÉDITION.

Ce que nous avons dit, dans nos trois premières éditions, de l'influence que les lois sur le droit de se faire justice soi-même exercèrent sur l'interdit *de vi*, a été conservé ici sans modifications. Thibaut a récemment, dans une dissertation spéciale (2), combattu notre opinion, et nous a par là obligé à faire sur ce point de nouvelles recherches dont nous devons rendre compte. — Voici l'essence du système de Thibaut : D'une part, les Pandectes disent formellement que l'interdit *de vi* ne concerne que les immeubles; d'autre part, les Institutes et le Code placent à

des traces antérieures de cette même règle dans la L. 2, C. Th. *fin. reg.* — et dans la L. 4, C. I. *eod.* — Voy. surtout J. GOTHOFREDUS sur les passages cités du Code Théodosien.

(1) L. 3, C. Th. *unde vi.* — L. 7, C. I. *eod.* — § 6, I. *de interd.* — Voyez, sur le rapport entre la possession et le droit de se faire justice soi-même, plus haut, dans l'addition faite au § 6, le passage où il est question de l'opinion de RUDORFF.

(2) GENSLER'S *Archiv*, vol. I, Heidelberg, 1818, 8°, p. 105-111.

côté de cet interdit les peines encourues par ceux qui se font justice eux-mêmes. Cette dernière circonstance n'aurait cependant, selon Thibaut, que peu d'importance à raison de la négligence avec laquelle les ouvrages législatifs de Justinien furent composés; il faut donc s'en tenir à la première, l'interdit n'a dès lors pas changé de nature dans la législation nouvelle, et ce n'est qu'accidentellement que là où il en est question, on parle aussi des peines portées contre ceux qui se font justice eux-mêmes. L'auteur en conclut que, dans le droit nouveau aussi, la perte de la possession d'une chose mobilière par un acte de violence ne donne lieu qu'à une action, c'est-à-dire à une procédure ordinaire, et non pas à la procédure sommaire de l'interdit. —Avant tout, il s'agit de préciser l'objet de la discussion. Je ne puis admettre que ce soit la question de savoir si dans un cas de ce genre la procédure sera sommaire ou ordinaire. En effet, la forme de procédure propre aux interdits a complétement disparu dans le droit de Justinien; autrefois elle donnait sans doute lieu à une distinction entre les interdits et les actions, mais cette distinction ne répondit jamais à la différence qui existe entre la procédure ordinaire et la procédure sommaire (1); elle n'était de tout temps que secondaire, et ne pouvait certainement pas, sous le rapport de l'importance, se comparer à la question de savoir si l'on avait, ou non, le droit d'agir en justice. L'objet véritable de la discussion n'est donc pas, me paraît-il, la forme de la procédure à suivre lorsqu'une chose mobilière est enlevée par violence, c'est plutôt cette question-ci : Dans les interdits *de vi*, *uti possidetis* et *utrubi*, l'avantage pouvait rester à celui qui n'avait aucun droit sur la chose et ne prétendait

(1) Voyez, plus haut, p. 366.

nullement en avoir, ou même à celui qui avait acquis la possession d'une manière vicieuse, par exemple, par violence à l'égard d'un tiers, et qui ne s'en cachait pas. Ce point n'est pas contesté, c'est là ce qui caractérise les actions possessoires, et tout cela aurait été parfaitement de même si de tout temps celles-ci avaient été des actions proprement dites et non pas des interdits. Que faire maintenant, lorsque la possession d'une chose mobilière m'est enlevée par un acte de violence? S'il faut appliquer les principes des interdits possessoires, je récupère cette possession, alors même que je possédais sans aucun droit, et même sans aucun prétexte. S'il faut, au contraire, écarter ici l'application de ces principes, il est clair qu'aucune procédure, ni sommaire, ni ordinaire, ne pourra me rendre ma possession. Car, pour revendiquer la chose, il faudrait être propriétaire; pour intenter l'*actio furti* ou l'*actio vi bonorum raptorum*, il faudrait l'être aussi, ou avoir un autre droit réel sur la chose, ou du moins être responsable, par exemple comme locataire, envers une personne ayant un semblable droit; l'*actio ad exhibendum* enfin suppose aussi un intérêt légitime à la conservation de la chose ; pour toutes ces actions il faut donc, comme condition indispensable, un droit positif et véritable, la seule possession est complétement insuffisante. Or, telle est l'opinion de Thibaut, si je l'ai bien saisie; de sorte que le possesseur, dans cette hypothèse, n'aura aucun moyen d'action. Voici, au contraire, quelle est mon opinion. Dans un cas de ce genre, la seule possession, indépendamment de tout droit positif quelconque, me donnera une action en justice. J'ai montré que jusqu'à Justinien on se servait à cette fin de l'interdit *utrubi* qui, à partir de cette époque, ne pouvait plus, il est vrai, atteindre ce but. Mais les lois proscrivant de se faire justice soi-même

viennent me donner un autre moyen d'action, et c'est ce que je vais maintenant démontrer. La L. 7, C., *unde vi*, s'applique évidemment aux meubles comme aux immeubles : c'est ce qui résulte des termes tout à fait généraux dont elle se sert, et de l'application qu'en font les Institutes au § 1, *de vi bon. rapt.* Voici en résumé le contenu de cette loi : Celui qui m'enlève illégalement ma possession sera condamné à me la restituer, et de plus à me payer, à titre de peine, une amende équivalente à la chose enlevée, c'est-à-dire, s'il en est propriétaire, sa propriété me sera acquise, et s'il ne l'est pas, il m'en payera la valeur. Indépendamment de la peine, il y a donc ici toujours restitution de la possession comminée contre celui qui se ferait justice lui-même, sans distinction de meubles et d'immeubles, et surtout aussi sans distinguer si ce possesseur a, ou n'a pas, de droits sur la chose. La seule possession, troublée d'une manière caractérisée, est donc, comme dans les anciens interdits, l'unique condition de cette action ; en d'autres termes, l'ancien principe de l'interdit *de vi* se trouve ici étendu aux choses mobilières. A la rigueur ce n'était même pas une extension, puisque à la date de cette constitution le simple possesseur pouvait aussi déjà, au moyen de l'interdit *utrubi*, recouvrer sa possession perdue. Toute cette manière de voir ne repose donc pas sur ce que, dans le Code et les Institutes, les peines portées contre ceux qui se font eux-mêmes justice se trouvent insérées à la même place que l'interdit *de vi*, ni sur une interprétation littérale et rigoureuse des mots POSSESSIONEM *quam abstulit, restituat* POSSESSORI, dont se sert la loi 7, C., *unde vi*, mais elle se base sur un raisonnement bien simple déduit d'une disposition évidente de cette loi. La question principale est celle-ci : Celui qui n'a que la simple possession d'une chose mobilière, à l'exclusion de tout

autre droit, aura-t-il une action pour se faire rendre cette possession si elle lui est enlevée par violence? Je soutiens qu'il en a une, et tous ceux qui la lui reconnaissent sont d'accord avec moi sur le point capital. La deuxième question, celle de savoir si cette action toute spéciale, distincte des actions *furti, vi bon. rapt.* et des autres, est une action proprement dite ou un interdit, ne saurait plus à mes yeux être l'objet d'une discussion sous la législation de Justinien. Reste, il est vrai, la troisième question, celle de savoir sous quel point de vue il faut envisager le détail de cette action à laquelle le simple possesseur a droit. Je la considère comme une extension de l'interdit *de vi;* toute la théorie de ce dernier sera donc applicable ici. Une des conséquences les plus importantes en est que ce droit d'action n'est attaché qu'à la vraie possession juridique et non à la simple détention, et sur ce point nous trouvons des preuves positives : 1° dans les termes POSSESSIONEM... *restituat* POSSESSORI; 2° dans la circonstance que cette constitution est insérée au titre *unde vi;* 3° dans cette considération que s'il n'en était ainsi, le détail sur l'exercice de cette action manquerait complétement dans la nouvelle législation, tandis que ce reproche disparaît du moment qu'on n'y voit qu'une extension de l'interdit *de vi.* Thibaut objecte que dans les Pandectes cet interdit est toujours encore restreint aux immeubles; mais la même circonstance se remarque, sans que l'on s'en étonne, dans un grand nombre de cas, lorsque des règles de droit se sont insensiblement modifiées. L'*actio legis Aquiliæ*, par exemple, n'est donnée qu'au propriétaire (1), et plus loin cette même action est attribuée, comme *actio utilis*, à l'usufruitier (2). — Il me reste à faire encore une observation

(1) L. 11, § 6, *ad L. Aquil.*
(2) L. 11, § 10, *eod.*

à l'appui de mon opinion. Dans le droit ancien, l'interdit *utrubi* assurait au possesseur la protection légale dont nous nous occupons. Il n'en est plus ainsi dans la législation de Justinien, de sorte qu'il aurait dû se produire ici une lacune importante au point de vue de la pratique. Or, il ne serait pas impossible, sans doute, que l'inadvertance des compilateurs en fût la cause; mais il est cependant bien plus plausible d'admettre que la transformation de l'interdit *utrubi* n'eut précisément lieu que parce qu'on savait que depuis longtemps déjà le but qu'il avait eu en vue se trouvait atteint d'une autre manière. (Voyez Appendice, n° 152.)

L'effet de l'interdit *de vi* est bien simple : la personne dépossédée, *dejectus*, doit être replacée dans la situation dans laquelle elle se trouvait avant la *dejectio*. — *A*. Il y a donc d'abord la restitution de la possession enlevée. Si le défendeur se trouve avoir cette possession, cette restitution ne peut faire l'objet d'un doute ; mais même s'il ne l'a jamais eue, ou s'il l'a perdue après l'avoir eue, il n'en sera pas moins tenu de la restituer, c'est-à-dire d'en payer la valeur (1).—*B*. Indépendamment de la possession à restituer, il faut de plus réparer tout le tort causé par la

(1) Il faut bien distinguer cette valeur de la possession de celle de la chose elle-même, c'est-à-dire de la propriété; cette dernière n'est pas ici prise en considération. L. 6, *de vi*. — La glose admet, fort à tort, que la valeur de la chose doit toujours être payée, et que l'intérêt spécial qui s'attache à la possession ne pourrait qu'augmenter encore cette somme.

L. 1, § 42, *de vi* : « *Ex int. unde vi etiam is, qui non possidet, restituere cogetur.* » L. 15, *eod.* « *Si vi me dejeceris... quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem, tamen damnandus es, quanti mea intersit : quia in eo ipso culpa tua præcessit, quod omnino vi dejecisti...* » Cf. L. 1, § 36, *eod.* — La L. 16, *eod.*, qui vient immédiatement après, renferme une application remarquable de cette règle. Si l'auteur de la *dejectio* est un *filiusfamilias*, le père est obligé *in id quod pervenit* (p. 417), le fils ne

dejectio (1). Voici quelques-unes des applications les plus importantes de cette règle : *a.* Si la *dejectio* a causé la perte d'autres objets encore, il faut également les restituer ou en restituer la valeur. Sous ce rapport, l'interdit pouvait, même déjà sous le droit ancien, réagir sur des objets mobiliers, et les termes exprès de l'Édit le prévoyaient (2); il importe d'ailleurs peu qu'on ait la possession juridique de ces objets (3), et pour ces accessoires, comme pour le principal, il est également indifférent que le défendeur en soit ou n'en soit pas possesseur (4). — *b.* Les fruits de la chose dont on a été dépossédé doivent aussi être restitués. On les compte à partir du moment de la *dejectio* (5), et il n'est nullement nécessaire que le défendeur les ait réellement perçus, il suffit que le demandeur eût pu les percevoir (6). — *c.* Si, après la *dejectio*, la chose enlevée a subi une détérioration, par

semblerait donc plus devoir être tenu à la restitution à raison du même objet, puisqu'il ne l'a plus; mais notre règle en décide autrement : le fils devra aussi répondre de cet objet : « *Interdicto unde vi uti potes, si a filiofamilias dejectus es, ut* ET EJUS CAUSA QUOD AD PATREM PERVENIT *ipse teneatur.* » Telle est la leçon de plusieurs manuscrits de Paris et des éditions suivantes : *Ven.* 1485, *Lugd.* 1509, 1513, *Paris* 1514, 1536, puis (avec un second *et* devant *ad patrem*) *Rom.* 1476, *Nor.* 1483, *Ven.* 1494.—La leçon florentine, très-différente, est évidemment altérée ; celle d'Haloander est le produit de la combinaison de plusieurs autres. (Voyez Appendice, n° 153.)

(1) L. 1, § 41 (cf. § 31) *de vi* : « ... *Vivianus refert, in hoc interdicto omnia, quæcunque habiturus vel adseculurus erat is qui dejectus est, si vi dejectus non esset, restitui, aut eorum litem a judice æstimari debere : eumque tantum consecuturum, quanti sua interesset, se vi dejectum non esse.* »

(2) L. 1, pr. *de vi* : « ... *quæque tunc ibi habuit,* » paroles commentées à la L. 1, §§ 32, 33, 34, 37, 38, *eod.*

(3) L. 1, § 33, *de vi.*

(4) L. 1, § 34. L. 19, *de vi* — PAUL, V, 6, § 8.

(5) L. 1, § 40, *de vi.*

(6) L. 4, C. *unde vi.*

exemple, si la maison a été incendiée, cette perte devra également être réparée, quand même elle aurait eu lieu sans la faute du défendeur; seulement ce doit être, dans ce cas, un dommage qui ne se serait pas produit si le demandeur n'avait pas été expulsé de sa possession (1). — *d.* Reste encore cette question très-importante : Si le demandeur dépossédé était en voie d'usucaper, faut-il aussi qu'il soit indemnisé de l'interruption de son usucapion (2)? D'après le principe général, qui veut que le demandeur soit complétement indemnisé de toute perte, il faut répondre affirmativement à cette question, et même le passage des Pandectes, qui en décide différemment dans le cas d'un vol, peut être considéré comme une confirmation de cette manière de voir (3). En effet, le seul motif qu'il allègue, c'est qu'il n'y a

(1) L. 1, § 35, *de vi.* — PAUL, V, 6, § 8. — L. 14, § 11, *quod metus causa.*

(2) Une autre question est encore celle de savoir en quoi consistera cette indemnité? En supposant que peu de jours seulement eussent manqué à la perfection de l'usucapion, la pleine valeur de la propriété pourrait sans hésiter être adjugée au demandeur, puisque cette propriété était déjà devenue si probable. En dehors de cette hypothèse, il n'y a guère d'autre moyen que de recourir à des cautions. Si le propriétaire revendique ensuite avant l'expiration du terme nécessaire pour cette usucapion, celle-ci n'aurait dans tous les cas produit aucun effet, et ne pourra donner lieu à une indemnité, pourvu qu'on puisse prouver que le propriétaire aurait, dans tous les cas, revendiqué, quand même l'acte de violence ne serait pas venu réveiller son attention.

(3) L. 71, § 1, *de furtis* : « *Ejus rei, quæ pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit : quia furti agere potest is, cujus interest rem non subripi* : INTERESSE AUTEM EJUS VIDETUR, QUI DAMNUM PASSURUS EST : NON EJUS QUI LUCRUM FACTURUS ESSET. » Dans mes trois premières éditions, j'avais entendu ce passage de toute espèce d'usucapion, mais je suis convaincu aujourd'hui qu'elle ne concerne que la *improba pro herede usucapio* de l'ancien droit (GAIUS, II, 55, 56) et que c'est par inadvertance qu'elle a été admise dans les Pandectes. En effet dans le droit de Justinien, le possesseur de bonne foi peut seul usucaper, or ce possesseur a réellement l'*actio furti* (L. 12,

pas là d'intérêt quelconque basé sur un autre droit acquis déjà antérieurement : or, c'est précisément par cette nécessité d'un intérêt fondé en droit que l'*obligatio furti* se distingue du droit découlant de la simple possession (1). — Lorsqu'il est impossible de prouver en justice quels objets ont été perdus par la *dejectio*, et quelle en était la valeur, on s'en rapporte au serment du demandeur; seulement le juge commence par fixer, selon les circonstances, un *maximum* que le demandeur ne peut dépasser (2).

§ 1, *de furtis*. — § 15, I. *de obl. quæ ex del.*) et ce n'est que logique, puisque la possession de bonne foi constitue elle-même déjà un droit acquis et actuel, inhérent à notre patrimoine (L. 49, *de verb. sign.*) et donnant même, dans la plupart des cas, une action spéciale, l'*actio Publiciana*. Les mots *lucrum facere* ne désignent donc pas ici un profit en général, comme quand il s'agit d'une donation, mais un profit déloyal, comme dans Gaius, et par conséquent la possession de mauvaise foi. (Note de la 4e éd.)

(1) Voyez p. 420.

(Add. de la 7e éd.) Par une lettre datée de Trinity-College de l'université de Cambridge, 17 novembre 1846, un Anglais, M. R. L. Ellis, avait attiré l'attention de l'auteur sur la L. 35, *de verb. signif.* L'auteur y a ajouté cette note :

La L. 35, *de verb. sign.* (comp. § 3, I., *de off. jud.*) parle de l'usucapion *passive*, c'est-à-dire de celle qui s'accomplit au profit d'un autre, et fait ainsi perdre au demandeur la propriété pendant la durée du procès. Voy. *Système du droit romain*, § 260, i, § 261, n° II. Dans l'interdit *de vi*, au contraire, il s'agit de ce bénéfice de l'usucapion *active*, bénéfice que le *dejectus* perd par l'interruption de sa possession. La L. 35 n'a certainement pas celle-ci en vue ; cela résulte déjà de ce qu'elle parle de la *litiscontestatio*.

(2) L. 9, C. *unde vi* (*Juramentum Zenonianum*). — La différence entre ce serment et le *jusjurandum in litem* est ordinairement comprise en ce sens que, dans ce dernier, c'est sur la valeur seule que porte le serment, tandis que tout le reste est considéré comme prouvé. *A. Faber conject.* XVI, 13, *num.* 21, XVI, 17, *n.* 26. D'autres ne voient dans ce *juramentum* qu'une application du *jusjurandum in litem* ordinaire. CUJAS *in h. L. opp.*, t. 9, p. 1160. Dans mes trois premières éditions,

Après avoir exposé, dans ce qui précède, les conditions de l'interdit *de vi* et ses effets, il nous reste à parler des exceptions qu'on peut lui opposer (1). — La première concerne ici, comme pour l'interdit *retinendæ possessionis*, l'origine de la possession que le demandeur s'est vu enlever. Lorsque cette possession avait pris naissance *vi*, *clam* ou *precario* et que cela avait eu lieu à l'égard de la personne même du défendeur (AB ADVERSARIO *vi possidere*), l'interdit ne pouvait être invoqué (2), sauf toutefois

j'avais adopté la première opinion; je préfère aujourd'hui la seconde : car dans cette espèce aussi la *dejectio*, base de l'action, doit avoir déjà été préalablement prouvée, et si le fait de la perte d'objets mobiliers s'affirme ensuite par serment, ce serment ne concerne pourtant en définitive que l'importance du dommage causé par cette *dejectio*.

(1) Il faut remarquer dès maintenant que l'interdit *de vi armata* n'était paralysé par aucune exception : CIC. *pro Cœcina*, cap. 8 : « *P. Dolabella prætor interdixit, ut est consuetudo*, DE VI, HOMINIBUS ARMATIS, *sine ulla exceptione.* » Cap. 22 : « *Vim quæ ad caput et vitam pertinet, restitui sine ulla exceptione voluerunt.* » Cap. 32 : « *... ut, qui armatus de possessione contendisset, inermis plane de sponsione certaret.* »

(2) CIC. *pro Tullio*, cap. 44. (Voy., plus haut, p. 412.) CIC. *pro Cœcina*, cap. 32 : « *In illa vi quotidiana... ne id quidem satis est, nisi docet, ita se possedisse, ut nec vi, nec clam, nec precario possederit.* » CIC. *ep. ad fam.* VII, 13 (p. 390, *ed Grœv.*) : « *neque est, quod illam exceptionem in interdicto pertimescas*, QUOD TU PRIOR VI HOMINIBUS ARMATIS NON VENERIS. » Le « *non* » que Manutius explique d'une manière fort singulière, et que plusieurs veulent même effacer, appartenait à la formule ordinaire de l'exception dans laquelle le défendeur, et aussi le préteur, s'adressaient directement au demandeur : comp. L. 1, § 7, *de cloacis* : « *... Non esse in interdicto addendum :* QUOD NON VI, NON CLAM, NON PRECARIO AB ILLO USUS » *at. usus es*) : *quod non* est employé au lieu de *nisi*. (Voyez l'explication de cette négation dans GAIUS, IV, 119.) — PAUL, V, 6, § 7 : « *Qui vi, aut clam, aut precario possidet, ab adversario impune dejicitur.* » *Impune*, c'est-à-dire que celui-ci n'aura pas à craindre l'interdit, la seule chose dont il soit question ici; ce pouvait toujours être un délit aux yeux de la loi pénale. *Fragm. legis Thoriæ* (*in* HAUBOLD *Monumenta legalia*, p. 15). « *Qui. . . ex possessione . vi . ejectus . est . quod . ejus . is . quei . ejectus . est . possederit .* QUOD . NEQUE .

l'interdit *de vi armata* (1). Le motif sur lequel se basait cette exception (2), c'est que le défendeur aurait eu un interdit spécial *recuperandæ possessionis,* interdit qu'il aurait pu intenter avec succès après avoir perdu le premier procès. On ne faisait donc que simplifier la procédure en permettant d'opposer dès le principe une exception à l'interdit *de vi*. Celui qui se rendait coupable d'une *vis armata* se voyait seul exclu de cette faveur. — Justinien rejette complétement cette exception; il considère même cela comme un point de droit constant (3), et nos jurisconsultes ont interprété sa législation de diverses manières. Selon les uns, Justinien aurait implicitement modifié la législation antérieure; selon d'autres, il l'aurait fait explicitement dans une constitution aujourd'hui perdue; d'après d'autres encore, Tribonien aurait complétement ignoré les règles du droit ancien (4). C'est bien plutôt cette dernière opinion, soutenue principalement par Hotman, qu'il faut taxer d'ignorance. La vérité est que cette matière n'exigeait aucune loi nouvelle, puisque la disposition en question résultait fort naturellement d'un autre principe nouveau, parfaitement connu.

En effet, d'après les constitutions impériales, l'auteur de la violence, s'il était propriétaire, encourait même la perte de son droit de propriété; à plus forte raison perdait-il tout droit de

VI . NEQUE . CLAM . NEQUE . PRECARIO . POSSEDERIT . AB . EO . QUEI . EUM . EA . POSSESSIONE . VI . EJECERIT. » *rel.*

(1) CIC. *pro Tullio*, cap. 44 (voy., plus haut, p. 412). CIC. *pro Cæcina*, cap. 32. GAIUS, IV, §§ 154, 155.

(2) Voyez, plus haut, p. 397, note 1.

(3) § 6, I. *de interdictis* : « *Nam ei* (*sc. dejecto*) *proponitur interdictum unde vi, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem,* LICET IS AB EO, QUI DEJECIT, VI, VEL CLAM, VEL PRECARIO POSSIDEBAT. »

(4) DUARENUS *in disp. anniv.* I. 20. HOTOMANUS *in obs.* VII, 6. CUJAS et SCHULTING *in Paulum*, V, 6, § 7.

simple possession, s'il avait précédemment été possesseur. Or, l'exception dont nous parlons se basait sur le *jus possessionis* préexistant qui avait été lésé; il était donc fort naturel que depuis ces constitutions nouvelles l'exception ne fût plus recevable, sans qu'il fallût pour cela de disposition législative spéciale (1). Que les jurisconsultes de Justinien aient envisagé la chose sous ce point de vue, c'est ce qui résulte non-seulement du passage des Institutes cité plus haut, passage qu'il serait difficile d'expliquer autrement (2), mais surtout aussi, et très-spécialement, de ce que les Pandectes, bien que renfermant plusieurs traces du droit ancien, ont cependant soigneusement omis tout ce qui aurait pu permettre de conclure directement, c'est-à-dire autrement que par un argument *a contrario*, à une modification des principes de l'ancien droit. Les passages suivants le prouvent (3) :

L. 1, § 30, *de vi* : « *Qui* A ME *vi possidebat*, SI AB ALIO DEJICIA-« TUR, *habet interdictum.* »

(1) SCHULTING déjà (voyez la note précédente) pense que ce sont ces constitutions qui ont donné lieu à ce nouveau principe; mais il ne paraît pas cependant s'être bien rendu compte de la manière dont tout cela s'enchaîne, sans cela il aurait dû rejeter les autres opinions, ce qu'il ne fait pas.— On pourrait objecter peut-être que dans l'Édit de Théoderic, C. 76, l'interdit est nommé avec les exceptions : « *illi res occupata per violentiam... reddetur, qui...* NEC VIOLENTER, NEC ABSCONDITE, NEC PRECARIO *possidet;* » et cependant à cette époque les lois défendant de se faire justice soi-même étaient déjà connues. Mais on conçoit facilement que les rédacteurs irréfléchis de cet Édit n'aient pas fait le raisonnement très-juste qui avait frappé les jurisconsultes de Justinien. (Note de la 6e éd.)

(2) Si ce passage nomme d'abord l'interdit avec sa modification, c'est-à-dire en y comprenant la *rei persecutio*, et ensuite la peine comminée par les constitutions, en n'indiquant à ce propos comme source que ces constitutions elles-mêmes, cela ne prouve absolument rien contre ce que nous disons.

(3) La circonstance que la L. 1, pr. *de vi* ne parle pas de l'exception,

L. 18, pr. *de vi* « ... *Emptorem quoque ... interdicto ... « teneri* : NON ENIM AB IPSO, SED A VENDITORE, *per vim fundum « esse possessum...* »

L. 17, *de vi* : « ... *Ideoque si te vi dejecero,* ILICO *tu me,* « DEINDE *ego te : unde vi interdictum* TIBI UTILE ERIT (1). »

L. 14, *de vi* : « *Sed si vi* ARMATA *dejectus es, sicut ipsum « fundum recipis,* ETIAM SI VI, AUT CLAM, AUT PRECARIO EUM POSSI- « DERES (2) : *ita res quoque mobiles omnimodo recipies.* »

La seconde exception opposable à l'interdit consistait en une prescription. Si une année s'est écoulée depuis l'acte de violence, l'interdit ne peut plus être intenté (3); mais cette règle subit elle-même les dérogations suivantes : *A.* Le défendeur ne peut invoquer l'exception pour tout ce dont il se trouve enrichi par la *dejectio* (*in id quod ad eum pervenit*) (4). Ainsi dans le premier

qui figurait certainement dans l'Édit, prouve à l'évidence que la manière dont cette question est envisagée dans la codification de Justinien ne doit pas être attribuée à l'ignorance des compilateurs.

(1) Voici la première partie de ce passage : « Celui qui expulse *in continenti* l'auteur de la violence n'a en réalité jamais cessé de posséder » (p. 418). De là on tire ici cette conclusion : « Si je vous dépossède par un acte de violence, que vous m'expulsiez moi-même immédiatement après (*ilico*), que dans la suite (*deinde*) je m'empare de nouveau de cette même possession, l'interdit pourra être invoqué contre moi (*utile tibi erit*), » c'est-à-dire qu'il ne sera pas paralysé par une exception, ce qui aurait évidemment été le cas si la seconde *dejectio* (*ilico tu me*) était une véritable *dejectio*, et non pas un acte de défense légitime de la possession.

(2) Et cela d'une manière tout à fait générale, c'est-à-dire, sans distinguer si c'est *ab adversario* ou *ab alio* que la possession est acquise *vi*, *clam* ou *precario*.

(3) L. 1, pr. *de vi* : « ... *de eo...* TANTUMMODO INTRA ANNUM... *judicium dabo.* » — L. 1, § 39, *eod.* « *Annus in hoc interdicto* UTILIS *est.* » Cf. L. 2, C. *eod.*

(4) L. 1, pr., *de vi* : « ... *post annum* DE EO, QUOD AD EUM, QUI VI DEJECIT,

et le plus important des cas où il y a lieu de recourir à l'interdit, c'est-à-dire lorsque le défendeur est encore en possession de la chose, et que le demandeur n'a en vue que cette possession, et non des dommages et intérêts, il ne pourra être fait usage de l'exception (1). — *B.* L'exception ne pouvait s'opposer non plus dans le cas de *vis armata* (2); toutefois dans la codification de Justinien, nous ne trouvons plus de trace de cette disposition. — *C.* D'après une constitution de Constantin (3), l'exception disparaît également lorsque ce sont les gens du possesseur absent qui ont été expulsés (4). Dans ce cas, l'interdit ne s'éteint par aucune prescription, sans distinguer si le possesseur veut agir en justice après son retour ou si ses gens veulent le faire sans

PERVENERIT, *judicium dabo.* » — L. 7, § 5, *comm. div.* « ... *placuit, etiam post annum in eum, qui vi dejecit interdictum reddi,* » en supposant que le défendeur se trouve enrichi, supposition qu'il n'était pas nécessaire de répéter ici, puisqu'elle s'entendait d'elle-même dans le cas en question. Cf. L. 3, § 1, *de vi.* L. 2, C. *unde vi.* (Voyez Appendice, n° 154.)

(1) Il est difficile d'accumuler un plus grand nombre d'erreurs, relativement à cette exception, que ne le fait Domat en quelques lignes (*Lois civiles,* III, 7, S. 1, § 18, et S. 2, § 30): « Celui qui prétend avoir été troublé dans sa possession doit faire sa demande, qu'on appelle complainte pour le possessoire, dans l'année à compter du jour qu'il a été troublé. Car s'il laisse sa partie en possession pendant une année, il a perdu la sienne, quelque droit apparent qu'il pût y avoir. Mais il lui reste son action pour la propriété. » Il expose là la pratique française et invoque aussi les *ordonnances ;* mais cela ne saurait l'excuser, puisqu'il s'appuie en même temps sur le droit romain.

(2) CIC. *ep. ad fam.* XV, 16 (p. 415, *ed. Grœv.*). « *Postulabimusque, ex qua hæresi,* VI, HOMINIBUS ARMATIS *dejectus sis, in eam restituare. In hoc interdicto non solet addi,* IN HOC ANNO. *Quare si jam biennium, aut triennium est,... in integro res nobis erit.* »

(3) L. 1, C. *si per vim* (L. 1, C. Th. *unde vi*).

(4) L'absence elle-même reçoit du reste ici une interprétation un peu différente de celle qu'on lui donne quand il s'agit de la perte de la possession ; car c'est seulement d'une absence de longue durée que parle cette constitution.

attendre ce retour, car cette constitution donne à ces derniers aussi le droit spécial d'invoquer l'interdit sans mandat exprès de leur maître, tout comme s'ils étaient munis d'une procuration à cet effet.

Ces deux exceptions ont un rapport spécial avec l'interdit *de vi*. Au nombre de celles qui peuvent se présenter dans toute action en général, il en est une dont nous devons faire encore une mention particulière, parce qu'à l'égard de cet interdit, elle subit une restriction. L'*exceptio pacti* est prohibée ici, comme dans le cas de tout autre acte illicite, si le pacte a été conclu avant cet acte.

L. 27, § 4, *de pactis*.

« *Pacta quæ turpem causam continent, non sunt observanda :*
« *veluti si paciscar, ne furti agam, vel injuriarum, si feceris :*
« EXPEDIT ENIM TIMERE (TIMERI) FURTI VEL INJURIARUM POENAM.
« *Sed post admissa hæc, pacisci possumus.* ITEM, NE EXPERIAR
« INTERDICTO UNDE VI, QUATENUS PUBLICAM CAUSAM CONTINGIT (1),
« PACISCI NON POSSUMUS. »

§ 41.

INTERDICTUM DE CLANDESTINA POSSESSIONE.

L'interdit *de clandestina possessione* paraît avoir été tout à fait semblable à l'interdit *de vi*. Il supposait aussi, avant tout, la possession juridique; cette possession devait avoir été perdue, et c'était sur l'illégalité de l'acte qui avait causé la perte que se basait le droit d'invoquer l'interdit pour rentrer en possession.

(1) C'est-à-dire « parce que l'État est intéressé à ce qu'on n'emploie pas la violence, et que celle-ci peut être empêchée par la crainte de l'interdit. » — Voyez, plus haut, l'addition faite au § 6, là où il est question de l'écrit de Rudorff.

Clandestina possessio est la possession dont on a caché l'origine à celui de la part de qui on craignait une objection (1). C'est donc l'origine de la possession qu'il faut avoir exclusivement en vue. Si cette origine lui donne le caractère de la clandestinité, ce caractère lui reste quand même l'adversaire en aurait plus tard reçu avis (2); par contre, la possession ne devient pas clandestine lorsque celui qui l'a acquise ouvertement commence ensuite à la cacher (3). En vertu d'une disposition toute spéciale et exceptionnelle, le propriétaire n'est pas considéré comme *clandestinus possessor*, alors même que sa possession aurait une semblable origine (4). — Cette notion générale d'une possession clandestine n'a cependant d'importance en droit qu'en tant qu'elle se rattache à une violation de possession. Plusieurs auteurs ont prétendu, il est vrai, qu'indépendamment de cette dernière, la possession clandestine peut se présenter dans de simples questions de propriété, de manière à empêcher l'usucapion (5). Mais

(1) L. 6, pr., *de poss.* « *Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur, et, ne faceret, timebat.* »

(2) L. 40, § 2, *de poss.* « ... *Si sciens tuum servum non a domino emerim, et tum* (*al.* CUM) *clam eum possidere cœpissem, postea certiorem te fecerim : non ideo desinere me clam possidere.* »

(3) L. 6, pr. *de poss.* « ... *Is autem, qui cum possideret non clam se celavit, in ea causa est, ut non videatur clam possidere : non enim ratio obtinendæ possessionis sed origo nanciscendæ exquirenda est.* » La L. 4, *pro suo*, semble contraire («... *tum enim clam possedisse videberis* »), mais ce passage concerne probablement les règles spéciales relatives aux *ancillæ furtivæ* pour lesquelles il y avait plusieurs dérogations au droit commun. CUJAS *in* L. 40, § 2, *de poss.* (*African. Tr.* 7, plus tard moins bien *in* L. 6, *de poss., opp.*, VIII, 268). D'autres y voient une exception en matière de *furtum* en général. *Glossa in* L. 6, *de poss.* DUAREIN, L. 6, *de poss.* (*opp.*, p. 865).

(4) L. 40, § 3, *de poss.* — CUJAS *in h.* L. (*Afric. Tr.* 7).

(5) V. ALBERT, § 57, et les auteurs qu'il cite. J'avais moi-même contesté

la chose possédée clandestinement n'est pas, comme telle, soustraite à l'usucapion ; la *res furtiva* seule l'est ; il est vrai que souvent les deux cas seront identiques, mais il n'en est pas nécessairement ainsi. L'opinion dont nous parlons doit son origine à des passages qui traitent d'une *clandestina possessio* dans des cas où le possesseur a acheté la chose d'un tiers, cas dans lesquels, dit-on, il ne peut être question d'une violation de possession (1). Mais dans ces cas aussi, le possesseur pouvait succomber avec l'ancien interdit *utrubi* qui, comme on sait, n'assurait aucunement la victoire à celui qui se trouvait lésé dans sa possession, mais à celui qui avait possédé le plus longtemps, de telle sorte toutefois que, dans la comparaison des deux possessions, celle qui aurait été *violenta*, *clandestina* ou *precaria* n'entrait pas en ligne de compte. Si donc il n'y a qu'une seule espèce de *clandestina possessio*, il faut aussi que ce soit toujours la même, qu'on la considère comme base de l'interdit ou comme base d'une exception. Il y a plus : ceux mêmes qui adoptent deux espèces de *clandestina possessio* devraient cependant, lorsqu'il s'agit de l'exception, admettre le même genre de clandestinité qu'en matière d'interdit, c'est-à-dire celle qui lèse la possession. Il doit en être ainsi, à cause du lien intime entre l'exception et l'interdit, et parce que la première n'a pour but

dans ma 5e édition, p. 501 et 502, les termes dans lesquels se formule cette opinion, tout en l'admettant au fond. L'opinion complétement opposée que j'expose aujourd'hui dans le texte appartient à la 6e édition.

(1) L. 40, § 2, *de poss.* L. 4, pr. *pro suo.* Le premier passage est parfaitement d'accord avec l'opinion que j'adopte aujourd'hui. Dans le second, il est vrai, le jurisconsulte conclut du *clam possidere* à l'impossibilité de l'usucapion, mais seulement parce que le seul titre d'usucapion que l'on puisse supposer dans l'espèce, le titre *pro suo*, se trouve exclu par cette clandestinité. De plus, le jurisconsulte considérait évidemment aussi la chose comme *furtiva*, de sorte que les deux vices coïncidaient.

que d'exclure celui qui possède *clam* AB ALTERO, ce qui suppose nécessairement une clandestinité qui lèse la possession (1).

Pour que l'interdit fût admissible, il fallait donc qu'une possession juridique eût été enlevée d'une manière telle, que la nouvelle possession pouvait être considérée comme *clandestina possessio*. Ajoutons, comme dernière condition, que cette possession devait avoir pour objet un immeuble. Cette disposition n'est écrite nulle part en termes exprès, mais l'analogie avec l'interdit *de vi* est si complète, qu'on peut presque se passer d'autre preuve. L'interdit *de vi* ne concernait, en effet, pas les meubles, par la raison que, lors de l'introduction des interdits, d'autres actions suffisaient déjà à cette fin (2). Ces dernières, sauf l'*actio vi bonorum raptorum*, pouvaient également s'appliquer à la possession clandestine de choses mobilières, et il est d'autant plus invraisemblable qu'on eût donné un interdit spécial pour celles-ci, qu'on n'avait pas même cru devoir le faire pour la *violenta possessio*, cas bien plus grave cependant et plus important (3).

(1) L. 1, pr. L. 3, pr. *uti possid.* GAIUS, IV, § 51. — Dans ma 5e édition encore, j'avais adopté à tort pour l'interdit une autre *clandestina possessio* que pour l'exception. Cette inconséquence avait été justement critiquée par ALBERT, § 71.

(2) Voyez p. 419.

(3) A ces motifs se joint encore la raison suivante : l'interdit *utrubi*, dans sa forme ancienne, protégeait contre la dépossession clandestine tout à fait comme nous avons vu qu'il servait à protéger contre la violence (§ 40). Si l'on m'enlevait clandestinement une chose mobilière, l'interdit *utrubi* suffisait amplement à me protéger, puisque l'adversaire ne pouvait porter en compte sa possession clandestine, et que j'avais donc certainement possédé plus longtemps que lui. Si cela est fondé, il faut aussi reconnaître que dans la législation de Justinien il y a ici une lacune par rapport aux choses mobilières. En effet, les lois défendant de se faire justice soi-même, lois qui peuvent servir à combler cette lacune

Telles sont donc les conditions de l'interdit *de clandestina possessione;* mais il nous reste à résoudre une question toute différente, celle de savoir s'il a existé réellement un tel interdit. On verra de suite pourquoi cette question ne peut être convenablement soulevée qu'ici.

Il n'existe qu'un seul témoignage en faveur de son existence, encore ce témoignage est-il fort douteux. Ulpien, en effet, dit, à propos d'une tout autre question, que Julien adopte aussi un interdit spécial pour la *clandestina possessio;* lui-même cependant ne se prononce pas (1). D'un autre côté, non-seulement les Institutes et les Pandectes, aux endroits où se trouve exposée la théorie des interdits, ne nomment pas cet interdit spécial, mais de plus il ne reste aucun cas dans lequel on pourrait l'appliquer, puisque partout où l'on aurait pu le faire autrefois, tantôt il n'y a plus de perte de possession, tantôt l'interdit *de vi* sert à protéger le possesseur (2). — Tout ceci s'explique facilement par les

quand il s'agit d'actes de violence, ne sauraient s'appliquer en fait de possession clandestine. Le possesseur dépouillé, s'il ne peut déduire l'*actio furti* d'un droit qu'il aurait sur la chose, n'a donc réellement aucune action contre le voleur, et dans cette hypothèse il faudrait évidemment pouvoir toujours lui donner l'interdit *de clandestina possessione.* (Note de la 6e éd.) (Voyez Appendice, n° 155.)

(1) L. 7, § 5, *comm. div.* (Il y est question du droit qu'a le possesseur de provoquer le *judicium communi dividundo*); « *Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum* VI *possidere, non debere hoc judicium dari, nec post annum quidem : quia placuit, etiam post annum in eum, qui vi dejecit, interdictum reddi : et si* PRECARIO *inquit, dicat eum possidere. adhuc cessabit hoc judicium : quia et de precario interdictum datur.* SED ET SI CLAM DICATUR POSSIDERE QUI PROVOCAT, DICENDUM ESSE AIT, CESSARE HOC JUDICIUM : NAM (*al.* NAM ET) DE CLANDESTINA POSSESSIONE COMPETERE INTERDICTUM INQUIT. »

(2) Pour le droit ancien, nous trouvons, il est vrai, un témoignage important pour l'existence de cet interdit dans le passage suivant de Cicéron : *in Rullum,* III. 3 : « *Hæc trib. pl. promulgare ausus est, ut quod*

recherches que nous avons faites plus haut à propos de la perte de la possession. Les immeubles continuent à être possédés tant que le possesseur n'a pas appris l'occupation par un autre; la *clandestina possessio* ne peut donc jamais concerner des immeubles (1), puisque la clandestinité ne se conçoit qu'à l'égard de celui qui est possesseur au moment de l'occupation (2). Or, l'interdit ne concernait que des immeubles (3); il est donc depuis lors devenu impossible. Le principe qui maintient le possesseur d'un immeuble dans ses droits tant qu'il en ignore l'occupation par un autre, et toutes les conséquences qui en découlent, n'étaient pas encore connus du temps de Labéon (4); à l'époque plus reculée encore où furent créés les interdits, un interdit *de clandestina possessione* a donc fort bien pu être donné. Du temps de Papinien, au contraire, d'Ulpien et de Paul, le principe en question était universellement admis; ces jurisconsultes ne pouvaient donc plus considérer cet interdit comme valable, et on pouvait encore moins le faire figurer dans les Pandectes. Au commencement et vers le milieu du IIe siècle, ce même principe n'était probablement pas encore parfaitement précisé, et n'avait certainement pas encore reçu tous ses développements; Julien a donc pu fort bien l'indiquer comme étant encore en vigueur. (Voyez Appendice, n° 156.) — Quant à l'*exceptio clandestinæ*

quisque post Marium et Carbonem possidet, id eo jure teneret, quo qui optimo jure privatum. Etiamne si VI EJECIT? *etiamne si* CLAM, *si* PRECARIO VENIT IN POSSESSIONEM? *Ergo hac lege jus civile,* CAUSÆ POSSESSIONUM, PRÆTORUM INTERDICTA *tollentur.* » Cela veut dire que dans ces trois cas il y aurait eu jusque-là des interdits *recuperandæ possessionis,* interdits que cette loi injuste viendra enlever au possesseur. (Note de la 6e éd.)

(1) Voyez p. 333.

(2) Voyez p. 439 et 440.

(3) Voyez p. 441.

(4) Voyez p. 334 et suiv.

possessionis, il n'en est pas tout à fait comme de l'interdit. Si quelqu'un occupait clandestinement mon immeuble, et invoquait aussitôt contre moi l'interdit *uti possidetis*, de sorte que cette action elle-même venait me donner le premier avis de l'occupation, il n'y avait pas encore lieu pour moi de tenter de me faire justice moi-même, tentative permise du reste et qui pouvait, ainsi que nous l'avons vu, avoir deux résultats différents (1). Toute la contestation ne pouvait donc se vider d'une manière plus simple et plus satisfaisante qu'en conservant sans modification aucune l'ancienne *exceptio clandestinæ possessionis*. (Voyez Appendice, n° 157.)

La plupart de nos jurisconsultes ont passé cet interdit sous silence ; ils ont eu tort, moins à cause de la mention accidentelle que Julien en fait, qu'à cause de la relation intime que nous trouvons partout établie entre la possession clandestine et la possession violente. C'est aussi à ce point de vue que cet interdit est envisagé par le rédacteur des anciens statuts de Pise, que Grandi attribue au XII^e^ siècle (2). Cujas ne se borne pas à mentionner l'interdit ; il soutient même qu'il est encore actuellement en vigueur, mais on doit avouer que la manière dont il en expose l'application est bien peu satisfaisante (3).

(1) Voyez p. 333, 334.

(2) GRANDI *epist. de Pand. ed.* 2 (*Flor.* 1727, 4), p. 224 : « *Hac salubberrima constitutione sancimus, quod si aliquis fuerit possessor... aliquo tempore prius illo qui nunc invenitur in possessione*, LICET NON PROBETUR QUOD VI, VEL CLAM, VEL PRECARIO POSSIDEAT, *ab adversario tamen in possessione recuperanda semper potior sit prior possessor : nisi*, etc., » c'est-à-dire que la possession antérieure donnera en général un droit contre le possesseur actuel, quoique aucun des trois interdits romains *recuperandæ possessionis* ne soit fondé.

(3) CUJAS, *in Obss.* IX, 33, *in* L. 40, § 2, *de poss.* (*African. Tr.* 7) et *in* L. 6, § 1, pr. *de poss.* (*opp.*, VIII, 267, 268).

§ 42.

INTERDICTUM DE PRECARIO.

Sources à consulter :

Paul, V, 6, §§ 10-12
D., XLIII, 26.
C., VIII, 9.
} Voy. l'Introduction.

Auteurs :

CHRIST. RAU S. AUG. CORN. STOCKMANN. *diss. de precario, Lips.*, 1774.

J.-G. VOGEL *diss. de precario, Gœtt.*, 1786.

Ces deux écrits n'ont pas grande importance.

La transmission du simple exercice d'un droit peut s'opérer de différentes manières : ainsi, par exemple, le bail et le commodat ne sont autre chose que des formes juridiques pour séparer, ordinairement pendant un temps déterminé, le seul exercice du droit de propriété de ce droit lui-même. Dans ces divers cas, cette formule juridique assure au propriétaire le droit de demander la restitution. Mais il en est autrement lorsque la transmission se fait sans observer aucune forme juridique déterminée, par exemple au moyen d'un simple pacte. Toutefois, dans deux cas de ce genre le droit romain a établi un mode spécial d'obtenir la restitution. Celui qui accorde à un autre l'exercice du droit de propriété, c'est-à-dire la possession naturelle, ou l'exercice d'un droit de servitude, en se réservant la faculté de révoquer à volonté cette autorisation, jouit en effet de cette faculté, et le rapport juridique qui se forme ainsi entre ces

deux personnes s'appelle *precarium* (1). Ce nom provient de ce que l'autorisation en question s'obtenait ordinairement au moyen d'une prière : *precare;* cette prière cependant n'était nullement nécessaire, l'autorisation pouvait fort bien n'être que tacite (2). Nous n'avons du reste à nous occuper ici que du premier de ces deux cas, de celui qui concerne l'exercice du droit de propriété.

Lorsque la détention est transmise de cette manière à un tiers, il est de principe que la possession juridique se trouve également transférée, à moins qu'on ne soit expressément convenu du contraire (3). Mais dans l'un et l'autre cas, l'autorisation peut être retirée à volonté. S'il y a refus de restitution, la possession devient vicieuse : *vitiosa, injusta possessio* (4), et donne lieu à

(1) L. 2, § 3, *de prec.* « *Habere precario videtur qui possessionem vel* CORPORIS, *vel* JURIS *adeptus est,* EX HAC SOLUMMODO CAUSA, *quod preces adhibuit, et impetravit, ut sibi* POSSIDERE *aut* UTI *liceat.* »

(2) PAUL, V, 6, § 11 : « *Precario possidere videtur non tantum qui per epistolam, vel quacunque alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is,* QUI NULLO VOLUNTATIS INDICIO, PATIENTE TAMEN DOMINO, POSSIDET. » CUJAS, dans une note sur ce passage, en limite la portée au cas de la continuation d'un *precarium* antérieur, et cela sans raison aucune, à moins que le paragraphe suivant de Paul ne la lui fournisse : « ... *Magis dicendum est, clam.videri possidere* (il ne s'agit donc pas de *precarium*) : NULLÆ ENIM PRECES EJUS VIDENTUR ADHIBITÆ. » Mais ces derniers mots manquent précisément dans l'*editio princ.* (Voyez la note de HUGO.)

(3) Voyez p. 286.

(4) Quelques textes nomment la *precaria possessio,* JUSTA, d'autres INJUSTA, évidemment parce qu'elle est l'un et l'autre, mais à des époques différentes; elle commence à être *injusta* dès qu'il y a refus de restitution. Cet abus de confiance a ici le même effet que l'emploi de la violence dans la *violenta possessio.* CUPERUS (II, 7) n'admet pas cette explication bien simple, proposée et adoptée depuis longtemps déjà : son argument principal est que le *precarium* comme tel, et non pas le *precarium* REVOCATUM, devient la base d'une exception, comme donnant lieu à une possession injuste, exactement comme la violence ou la

un interdit, comme la possession violente. C'est donc à la matière de la possession, et à cette matière seulement, que se rattache le *precarium*, puisque la *vitiosa possessio* seule donne lieu à un rapport juridique, et que le *precarium* n'est nullement considéré en droit comme une convention (1). Il en résulte que le droit de révoquer à volonté l'autorisation donnée appartient même au propriétaire qui y aurait expressément renoncé (2), tandis que l'action résultant d'un contrat peut toujours être restreinte dans ses effets par l'*exceptio pacti*.

L'interdit *de precario* ne concernait en principe que les immeubles ; cela résulte en partie de son analogie avec l'interdit *de vi*, en partie de témoignages positifs ; mais à l'époque des juriscon-

clandestinité. Mais quand il y a lieu d'employer une exception, il va sans dire que l'autorisation donnée a déjà été révoquée. (L'opinion de CUPERUS est développée encore et défendue par ALBERT, *l. c.*, §§ 58-61.)

(1) Tout ceci est clairement écrit dans les textes suivants : L. 14, L. 22, § 1, *de prec.*, L. 14, § 11, *de furtis*, et cela se confirme encore par la circonstance que l'interdit disparaît du moment qu'une autre action se trouve ouverte. L. 2, § 3, *de prec.* (« *ex hac solummodo causa* »), L. 15, § 3, *eod.* — Deux motifs toutefois pourraient faire douter de ce principe : *A.*) La L. 23, *de reg. jur.* nomme le *precarium* un contrat ; mais il est évident que ce mot désigne ici toute cause quelconque donnant lieu à une obligation, puisque la tutelle et la *negotiorum gestio* y sont également comprises.— *B.*) Plus tard, une *actio* (*præscriptis verbis*) fut ajoutée à l'interdit, L. 2, § 2, L. 10, § 2, *de prec.* PAUL, V, 6, § 10. Nous en parlerons à la fin de ce paragraphe. Cela n'avait d'importance que pour la pratique du droit, le demandeur ayant dès lors le choix entre les deux formes de procédure ; mais cela ne pouvait modifier en rien la nature même de l'*obligatio*.

(2) L. 12, pr. *de prec.* — G.-F. KRAUS *diss. de precario ad certum tempus dato. Viteb.* 1750. — Une telle renonciation est tellement contraire à la nature du *precarium* que, lorsqu'elle est réellement constatée, on la considère, non pas comme une restriction au droit de révocation, mais seulement comme un avertissement donné au *precario rogans*, de restituer spontanément la chose à l'époque convenue.

sultes classiques, on l'avait aussi déjà étendu aux meubles (1).

L'*obligatio* n'incombe qu'à celui qui se trouve en possession par l'effet du *precarium*, peu importe qu'il l'ait lui-même demandé, ou que d'autres l'aient demandé pour lui (2). — L'héritier ne possède pas, à proprement parler, la chose à titre de *precarium* (3), et il y avait controverse parmi les jurisconsultes romains sur le point de savoir si cet interdit pouvait s'invoquer contre lui. Quelques-uns le niaient absolument, en considérant sa possession comme clandestine, et admettaient par conséquent aussi sans aucun doute l'interdit *de clandestina possessione* (4). D'autres admettaient l'interdit *de precario* contre l'héritier aussi (5). C'est cette dernière opinion qu'il faut consi-

(1) ISIDORI *orig.* V, 25 : « *Precarium est dum prece creditor rogatus permittit debitorem in possessione* FUNDI *sibi obligati demorari et ex eo fructus capere.* » Cela paraît puisé dans des sources plus anciennes. — L. 5, pr. *de precario* : « *In rebus etiam mobilibus precarii rogatio* CONSTITIT, » ce qui semble dire que ce principe ne fut admis que plus tard. Telle est la leçon de HALOANDER et du manuscrit florentin ; il est vrai que d'autres manuscrits et éditions portent CONSISTIT, et alors disparaîtrait toute allusion à une semblable modification.

(2) L. 4, § 2; L. 6, § 1; L. 13, *de prec.*

(3) L. 12, § 1, *de prec.* — Une conséquence importante de cette règle, c'est qu'il n'y a pas ici d'*accessio possessionis* (voy. p. 164 et suiv.).

(4) L. 11, *de div. temp. præscr.* « *Quamvis precarium heredem ignorantem non teneat, nec interdicto recte conveniatur.* » Ce passage à lui seul n'est pas décisif parce que le mot *ignorantem* pourrait être interprété dans ce sens qu'il ne faudra admettre le *precarium* et l'interdit que lorsque l'héritier en aura connaissance, de sorte qu'il commencerait à participer en quelque sorte au *precarium* par le fait même de cette connaissance. On pourrait aussi rapporter à cela la L. 12, § 1, *de prec.*, citée à la note précédente. Mais il est dit très-clairement dans PAUL, V, 6, § 12 : « *Heres ejus, qui precariam possessionem tenebat, si in ea manserit, magis dicendum est,* CLAM VIDERI POSSIDERE : *nullæ enim preces ejus videntur adhibitæ. Et ideo persecutio ejus rei semper manebit,* NEC INTERDICTO LOCUS EST » (c'est-à-dire *interdicto de precario*).

(5) L. 8, § 8, *de precario.* « *Hoc interdicto heres ejus, qui precario*

dérer comme l'opinion consacrée par Justinien : elle découle en effet des textes les plus clairs, tandis qu'on ne peut invoquer, à l'appui de l'opinion contraire, qu'un passage peu précis, susceptible d'ailleurs aussi d'une interprétation différente. — L'interdit ne peut s'invoquer contre le propriétaire, parce que dans ce cas on n'admet pas l'existence d'un *precarium*, principe que nous avons déjà développé plus haut (1). (Voyez Appendice, n° 158.)

L'obligation que cet interdit a en vue consiste avant tout dans la restitution de la chose, et non dans celle de sa valeur si la chose était perdue ou détruite, à moins qu'on ne puisse prouver qu'il y a dol ou faute lourde, *lata culpa*, à charge du défendeur (2). Mais à partir du moment où l'action est intentée, celui-ci est mis en demeure, et doit dès lors, comme dans le cas des interdits précédents, répondre de toute faute, rendre les fruits, en un mot replacer le demandeur dans la position dans laquelle il se trouverait si la restitution n'avait pas été refusée (3).

Il n'y a pas d'exceptions particulières contre cet interdit, il n'y a notamment pas de prescription spéciale à lui opposer (4), et même la prescription générale établie dans le droit nouveau ne peut être invoquée que si, depuis le refus de restitution, la

rogavit, tenetur, quemadmodum ipse, » etc. L. 2. C. *eod.* « *Habitantis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri,* CONTRA EOS INTERDICTO PROPOSITO, *manifeste declaratur.* »

(1) Voyez p. 287, etc.

(2) L. 2, pr., *de poss.* « *Ait prætor,* QUOD PRECARIO AB ILLO HABES, AUT DOLO MALO FECISTI UT DESINERES HABERE, QUA DE RE AGITUR ILLI RESTITUAS. » L. 8, § 6, *eod.* : « *Et generaliter erit dicendum, in restitutionem venire dolum et culpam latam dumtaxat, cetera non venire.* » Cf. L. 8, §§ 3, 5, *eod.* L. 23, *de reg. jur.*

(3) L. 8, §§ 4–6, *de precario.*

(4) L. 8, § 7, *de precario.*

possession a encore continué durant trente années. (Voyez Appendice, n° 159.)

J'ai parlé ici du *precarium* tel qu'il se trouve dans nos sources; mais on ne peut nier qu'il ne soit, sous plus d'un rapport, difficile à expliquer. D'abord, comment les Romains, peu enclins de leur nature aux actes de libéralité, ont-ils pu, de bonne heure déjà, éprouver le besoin d'une telle institution, besoin qui nous permet de conclure que dans la vie réelle on y avait souvent recours? Et s'il en était ainsi, pourquoi ne pas y voir tout simplement un contrat réel, soit un commodat, soit au moins un contrat innomé d'après la forme *do ut des* (1)? Car la remise de la chose et l'accord sur sa restitution se présentent évidemment dans l'espèce, et cela suffit pour constituer un contrat réel. Ensuite, comment pouvait-il y avoir controverse parmi les jurisconsultes romains dans ce sens que les uns niaient l'existence d'une obligation civile et expliquaient ainsi la nécessité de l'interdit, tandis que les autres admettaient l'*actio præscriptis verbis* (2)? Pourquoi ne suit-on pas ici les principes généraux en matière de faute? Pourquoi cet interdit ne concernait-il à son origine que les immeubles, et pourquoi cette règle s'est-elle modifiée (3)? Enfin pourquoi ne s'entendait-on pas sur l'obligation qui incombait à l'héritier (4)?

Toutes ces difficultés s'aplanissent dès qu'on adopte notre

(1) On pourrait expliquer qu'on n'eut pas recours au commodat par la circonstance qu'en principe le *precarium* ne concernait que des immeubles (p. 448), et que le commodat ne s'appliquait qu'aux choses mobilières : L. 1, § 1, *commod.* L. 17, pr., *de præscr. verb.* (Note de la 4e éd.).

(2) Voyez p. 447.

(3) Voyez p. 448.

(4) Voyez p. 448, 449.

manière de voir sur l'origine du *precarium* (1). C'était en principe un certain rapport de féodalité entre le patron et ses clients à raison des parties de l'*ager publicus* qu'il leur avait concédées. Ces concessions étaient révocables à volonté, et c'est de l'interdit *de precario* qu'on se servait contre le client récalcitrant (2). Or, comme il existait entre le patron et ses clients une espèce de lien de famille, semblable à celui qui unit le père à ses enfants (3), on n'admit pas ici d'*obligatio* proprement dite, ni de contrat véritable, quoique entre personnes étrangères il y eût eu certainement contrat dans un cas de ce genre. On conçoit dès lors facilement pourquoi l'obligation ne passait pas aux héritiers, pourquoi l'on dérogeait aux principes généraux en matière de faute, pourquoi enfin le *precarium* ne s'appliquait qu'aux immeubles. Et s'il ne disparut pas complétement avec l'*ager publicus*, c'est qu'il en fut à peu près du *precarium* comme de la possession en général (4). Une fois établi et organisé en vue d'un but particulier, il pouvait aussi être étendu à d'autres fins qui n'auraient pas suffi pour en provoquer l'introduction, et à l'époque où l'*ager publicus* disparut, cette extension fut tout ce qui resta de l'ancien *precarium*. C'est ce qui explique qu'on l'appliqua alors aussi aux meubles; et c'est ainsi que naquirent parmi les jurisconsultes les controverses dont nous avons parlé. Tandis que les uns s'en tenaient rigoureusement aux règles de l'ancien *precarium*, les autres modifiaient ces règles en vue de la transforma-

(1) Voyez § 12, *a*.

(2) NIEBUHR, Hist. rom. Partie 2, p. 167 de la 2e édition, principalement d'après FESTUS, v° *Patres* : «... *quique agrorum partes adtribuerint tenuioribus* PERINDE AC LIBERIS, » comme un pécule par conséquent, où la révocation à volonté allait de soi.

(3) FESTUS, *l. c.*

(4) Voyez § 12, *a*.

tion que les circonstances lui avaient fait subir, et c'est cette dernière opinion qui, comme de raison, paraît l'avoir emporté dans la codification de Justinien.

Néanmoins le *precarium* aurait peut-être disparu complétement comme inutile, s'il n'avait accidentellement présenté de l'importance au point de vue d'un autre rapport de droit. La forme la plus ancienne du droit de gage consistait à manciper de suite la chose au créancier sous condition de remancipation dans le cas de payement : *fiducia* (1). Mais ordinairement on n'avait pas l'intention de priver le débiteur de l'usage de la chose, et dès lors on se demande de quelle manière légale on assurait cet usage à celui qui n'était plus propriétaire. Sans aucun doute, le *precarium* atteignait ce but de la manière la plus parfaite, et c'est pour cela qu'il n'aura pas encore été dénué d'importance à l'époque des jurisconsultes classiques (2). Dans le droit de Justinien, ce genre d'application a disparu également.

§ 43.

CHANGEMENTS INTRODUITS PAR LES CONSTITUTIONS IMPÉRIALES.

La théorie des interdits possessoires, telle que nous l'avons exposée jusqu'ici, suppose que le trouble apporté à l'exercice de la possession ait eu lieu d'une manière déterminée, qui seule

(1) Voyez p. 278.

(2) *Interpr.* PAULI, V, 6, § 7 : « ... *precario (possidet) qui per precem postulat, ut ei in possessione permissu domini* VEL CREDITORIS FIDUCIAM *commorari liceat.* » SCHULTING transforme avec beaucoup de vraisemblance le *fiduciam* en *fiduciarii;* mon manuscrit cependant porte *fidutia.* — Comp. aussi ISIDORI *orig.* V, 25 (voyez. plus haut, p. 448, note 1) et tout spécialement GAIUS, II. § 60.

produit l'*obligatio* dont l'interdit a pour but de poursuivre l'exécution. Beaucoup de jurisconsultes considèrent toute cette théorie comme n'ayant plus, sous Justinien, qu'un intérêt historique. A leur avis, les constitutions impériales auraient établi un moyen de droit nouveau et général, l'*actio momentariæ possessionis*, grâce auquel toute possession peut être récupérée, peu importe la manière dont elle a été perdue ; et cette action d'une portée tout à fait générale n'aurait pas précisément aboli les interdits, mais les aurait rendus superflus (1). D'après cette opinion, la nouvelle théorie des actions possessoires serait tout aussi vague et arbitraire que la théorie ancienne était précise et conséquente en elle-même ; il est donc important de bien en rechercher le plus ou moins de fondement.

La règle nouvelle ne serait pas toutefois, selon ces auteurs, formellement écrite dans une loi quelconque, mais évidemment sous-entendue dans plusieurs constitutions. Or, même sans interpréter celles-ci, il est facile de réfuter de prime abord une telle opinion. En effet, Justinien n'a pas seulement admis tout le droit ancien dans ses Pandectes, il l'expose aussi dans ses Institutes, en y joignant les modifications dont lui-même est en partie l'auteur, ce qui prouve à l'évidence qu'il ne s'agit pas là d'antiquités législatives n'ayant plus qu'un intérêt historique, mais de règles de droit actuelles parfaitement applicables encore. Il y a plus : une des constitutions les plus récentes, qu'on prétend alléguer comme preuve de l'innovation en question (2), suppose

(1) C'est surtout CUJAS qui a soutenu cette opinion (*obss.* I, 20, XIX, 16, *paratit. in Cod. tit.* UNDE VI, *Comment. in Cod. tit.* UNDE VI *in opp.*, t. 9, p. 1148, 1153, 1159) et beaucoup d'autres l'ont suivi. — Cette opinion est repoussée par GIPHANIUS *in proleg. lib.* 8 *Cod.* (*expl. Cod.* P. 2, p. 269), WESTPHAL, § 320, FLECK *de interd.*, p. 66-71.

(2) L. 11, C. *unde vi.*

précisément que l'ancien droit est encore en vigueur, puisque l'empereur y accorde une action particulière dans un cas tout spécial, en se fondant sur ce motif qu'*ici les anciens interdits ne suffiraient pas*. Il est donc dès à présent prouvé que ces constitutions ne peuvent contenir l'innovation qu'on leur attribue; passons maintenant à leur explication :

A. L. 3, C., *unde vi* (1) :

« *Invasor locorum pœna teneatur legitima : si tamen vi loca*
« *eadem invasisse constiterit. Nam si per errorem aut incuriam*
« DOMINI *loca ab aliis possessa sunt : sine pœna* POSSESSIO RESTITUI
« DEBET. »

Ainsi, disent ces auteurs, la possession pourra être récupérée même lorsqu'elle n'aura pas été perdue par violence. — Mais le propriétaire revendiquant demande, lui aussi, à rentrer en possession, et le mot « *domini* » prouve suffisamment que c'est là ce que ce passage a en vue (2). Tout ce qu'il y a donc à dire ici, c'est que ce passage, comme tant d'autres, a été inséré par Tribonien à un endroit qui n'était pas sa place.

B. L. 8, C., *unde vi* (3) :

« *Momentariæ possessionis interdictum*, QUOD NON SEMPER AD

(1) Comp. L. 1, C. Th. *fin. reg.* — CUJAS, obs. XIX, 16 ; 1. GOTHOFREDUS *in* L. *cit.* C. Th. GOESIUS *in notis ad scr. rei agr.*, p. 183 (et dans RITTER, à propos de la loi citée du C. Th.) WESTPHAL, § 320. FLECK, *de interd.*, p. 67.

(2) C'est de cette manière que CUJAS lui-même explique la *restitutio possessionis* dans un passage tout à fait semblable, la L. 6, C. *de poss.* (*comm. in Cod. opp.*, IX, 1016). Ici il semble oublier cette explication.

(3) L. 8. C. Th. *de jurisd.* — CUJAS *obss.* I. 20. GIPHANIUS *in h. L.* (*expl. Cod.* P. 2, p. 288).

« VIM PUBLICAM PERTINET, VEL PRIVATAM, *mox audiri, interdum*
« *etiam sine inscriptione meretur.* »

Il y a donc des cas, dit-on, où l'on pourra invoquer l'interdit, mais où il ne peut y avoir d'*accusatio ex lege Julia*. — Sans doute de tels cas peuvent se présenter : si, par exemple, pendant l'absence du possesseur son immeuble est occupé sans violence, et qu'à son retour il n'ose essayer de se remettre en possession, il n'y a pas là de *crimen vis* et néanmoins l'interdit pourra être invoqué (1).

C. L. 11, C., *unde vi :*

« *Cum quærebatur inter Illyricianam advocationem, quid fieri*
« *oporteret propter eos, qui vacuam possessionem* (2) *absentium*
« *sine judiciali sententia detinuerunt, quia veteres leges nec*
« UNDE VI *interdictum, nec* QUOD VI AUT CLAM, *vel aliam quandam*
« *actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant,*
« *violentia in ablatam possessionem minime præcedente, nisi*
« *domino tantummodo in rem exercere permittentes* (3) : *nos non*
« *concedentes aliquem alienas res, vel possessiones* (4) *per suam*

(1) Voyez p. 417.

(2) *Vacua possessio* peut se dire, soit d'une chose qui n'est possédée par personne (p. 169), soit aussi d'une possession qui n'est pas pour le moment physiquement exercée (par exemple, la *possessio fundi quæ animo retinetur*). Ici l'expression est prise dans la première acception, qui est du reste l'acception technique; les motifs en seront indiqués plus loin. AZO *in Summa h. t. num.* 31 (fol. 146) et *in lect. in h. L.* (p. 619); *Glossa in h. L.*; GIPHANIUS *in h. L.* (*expl. Cod.* P. 2, p. 295).

(3) Cette partie de la loi sert surtout à l'expliquer : elle oblige en effet à supposer un cas dans lequel le droit ancien n'aurait pas accordé d'action personnelle.

(4) *Res*, opposé à *possessiones* (p. 83, 84), désigne des choses mobilières : la loi les concerne donc aussi, et cela n'est que naturel, puisque, depuis longtemps déjà, l'interdit *de vi* s'appliquait aussi aux choses mobilières.

« *auctoritatem usurpare, sancimus, talem possessorem, uti præ-*
« *donem intelligi, et generali jurisdictione ea teneri, quæ pro*
« *restituenda possessione contra hujusmodi personas veteribus*
« *declarata sunt legibus* (1)... *Si non ex die, ex quo possessio*
« *detenta est, triginta annorum excesserint curricula* (2). »

Voici comment il faut se représenter l'hypothèse prévue par cette loi. La possession d'une chose a été perdue par la seule absence du possesseur (3), et un autre s'est emparé de cette *vacua possessio* (4). Aucune des actions possessoires antérieures, et même aucune action en général, sauf la revendication, ne pouvait s'intenter dans cette espèce. Justinien ordonne que l'interdit *de vi* soit étendu à ce cas. Il y a là sans doute une innovation, mais d'abord cette innovation ne concerne qu'un cas tout spécial

(1) C'est-à-dire qu'après cette extension de l'interdit *recuperandæ possessionis* (*s. de vi*) à l'espèce en question, il faudra y observer tout ce qui dans le droit ancien s'observait à l'égard de l'interdit *de vi*. « *quæ... contra hujusmodi personas* (*sc. prædones*) *veteribus declarata sunt legibus.* »

(2) Si l'action ne dure pas au delà de trente années, c'est une conséquence de la prescription ordinaire de trente ans; si sa durée n'est pas limitée à une année seulement, cela s'explique par la circonstance que le défendeur a lui-même encore la possession de la chose; l'interdit *de vi* ne serait alors pas non plus limité à l'espace d'une année (p. 436). Cette disposition n'a donc rien de particulier et doit par conséquent être soigneusement distinguée de la L. 1, C. *si per vim*, qui renferme réellement une dérogation à la règle générale (p. 436).

(3) Voyez p. 344. (Voyez Appendice, n° 160.)

(4) Nous avons commencé par supposer, et nous pourrons prouver maintenant que telle est réellement l'hypothèse prévue par la loi. En effet, si la possession antérieure n'avait cessé que par le fait de l'occupation, l'interdit *de vi* aurait été applicable en cas de possession immobilière, et la *condictio furtiva* en cas de possession mobilière. Or, d'après Justinien lui-même, le cas prévu par cette loi est tel, que d'après le droit antérieur aucune action n'aurait été ouverte à la personne lésée.

parfaitement défini; en second lieu, Justinien ne modifie ici aucune règle de droit qui, en dehors de ce cas, aurait été appliquée aux interdits possessoires. Car puisque la possession était déjà perdue avant l'occupation, il n'est nullement question d'un trouble présent et immédiat : de sorte que même cette décision toute spéciale n'a aucune analogie avec le principe qu'on veut en déduire comme règle générale.

D. L. 12, C., *de poss.*

Nous avons expliqué plus haut ce passage (1). Il ordonne que, dans certains cas déterminés, l'infidélité du représentant n'aura pas pour effet de faire perdre la possession ; il n'y est pas question d'une action spéciale accordée au possesseur, ni surtout d'une nouvelle *actio recuperandæ possessionis*, puisque le seul objet de la loi est précisément de prescrire le maintien de la possession.

E. Enfin il faut encore mentionner ici la rubrique d'un titre du code de Justinien (2), rubrique qui peut avoir beaucoup contribué à accréditer l'erreur que je réfute. Voici ce titre : « *Si* PER VIM *vel* ALIO modo *perturbata sit possessio.* » On ne dit pas ce qui arrivera dans ces deux cas de *perturbata possessio;* pour le savoir, il faut sans doute recourir aux constitutions de ce titre. La première ne parle que d'une *possessio per vim perturbata.* Voici le contenu de la seconde : « Dans le cas d'une contestation judiciaire, lorsque l'une des parties est absente, l'état de possession ne pourra être modifié ni par un rescrit de l'empereur, ni par un décret du juge. » Il est évident que cette disposition ne concerne que la procédure, et que les compilateurs

(1) Voyez p. 357.
(2) C. VIII, 5.

n'ont eu que le tort de l'insérer ici, où ce n'était pas sa place. Le trouble de possession que prévoit cette loi, *possessio alio modo quam per vim perturbata,* n'est donc autre chose qu'une cause de nullité en procédure, et n'a pas la moindre analogie avec le genre de trouble qui permettait de recourir à l'interdit.

Concluons de ce que nous venons de dire que les anciens interdits n'ont été en aucune façon abolis ni rendus superflus par les constitutions impériales, et que la notion de la possession qui leur servait de base se retrouve avec les mêmes caractères dans la législation de Justinien. (Voyez Appendice, n° 161.)

SECTION CINQUIÈME.

JURIS QUASI POSSESSIO.

§ 44.

NOTION DE LA *JURIS QUASI POSSESSIO.*

Le droit de la possession se base sur l'idée d'une protection accordée au seul exercice du droit de propriété, lorsque cet exercice vient à être troublé d'une manière déterminée. Ce genre de trouble et cette protection légale se conçoivent aussi lorsqu'il s'agit de ces droits qui, parties intégrantes du droit de propriété, en sont un démembrement : *jura in re*, et c'est effectivement ce que nous trouvons en droit romain. Nous avons vu plus haut, au § 12, comment la *juris quasi possessio* se rattache à la possession proprement dite. Les mêmes questions que nous avons traitées à propos de cette dernière doivent être également examinées ici. Il faudra donc aussi, pour la *juris quasi possessio*, préciser les règles relatives à son acquisition, à

sa perte et à sa protection par les interdits; il faudra de plus nous occuper de ces questions séparément pour chaque classe de ces droits. La présente section se subdivisera donc en trois parties :

1. Servitudes personnelles (§ 45).
2. Servitudes réelles (§ 46).
3. *Jura in re* n'appartenant pas à la classe des servitudes (§ 47).

Nous devons faire préalablement une observation générale sur ces trois classes de droits. Ici, comme pour la possession proprement dite, l'acquisition et la continuation du droit découlent à la fois d'un fait physique et de l'intention : *animus*, et ce dernier élément se présente ici absolument dans les mêmes conditions que pour la possession. Sans *animus possidendi* il ne peut donc y avoir acquisition de *juris quasi possessio*, et de même la seule intention, *animus non possidendi*, suffira aussi pour faire cesser cette possession. Nous pouvons ainsi, en ce qui concerne l'*animus*, nous borner à cette observation générale, et nous n'en parlerons, à propos de chacune de ces classes de droits, que pour autant que l'intention s'y manifeste sous une forme particulière (1).

ADDITION DE LA SIXIÈME ÉDITION.

La plupart et les plus importantes des servitudes ont été protégées par des interdits : les unes par les mêmes interdits que nous avons exposés à propos de la possession proprement dite,

(1) La bonne foi n'est requise que dans l'interdit *de aqua* (§ 46) ; en général elle n'est pas exigée.

les autres par des interdits spéciaux. Le *corporis possessor* peut de son côté invoquer l'interdit *uti possidetis* ou l'interdit *utrubi* pour dénier l'existence d'une servitude grevant son immeuble, et dans ce cas celui qui prétend posséder la servitude pourra faire valoir son interdit sous forme d'exception. (Voyez Appendice, n° 162.)

§ 45.

SERVITUDES PERSONNELLES.

Les servitudes personnelles, notamment l'usufruit et le droit d'usage, ont cela de particulier que leur exercice se combine toujours avec la possession naturelle de l'objet. Voilà pourquoi leur *quasi possessio* a avec la possession proprement dite plus de ressemblance que celle des autres droits, et cette ressemblance se manifeste non-seulement dans le mode de l'acquérir et de la perdre, mais aussi dans les interdits qui servent à la garantir.

L'acquisition de ce genre de possession s'opère donc par les mêmes actes que celle de la possession proprement dite, notamment pas la remise de la chose, par l'introduction de l'usufruitier dans l'immeuble, ou enfin par la permission que le propriétaire lui accorde de se mettre en possession (1), toujours, bien

(1) L. 3, pr. *de usufructu* : « *Omnium prædiorum jure legati potest constitui ususfructus, ut heres jubeatur dare alicui usumfructum.* DARE AUTEM INTELLIGITUR, SI INDUXERIT IN FUNDUM LEGATARIUM, EUMVE PATIATUR UTI FRUI. *Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.* » Les « *pactiones et stipulationes* » ne concernent pas la possession, mais le droit lui-même, qui s'acquérait autrefois par *in jure cessio*, et qui dans le droit nouveau s'acquiert par une simple convention ; voyez sur le premier point ULPIEN, XIX, 11 ; sur le second, § 4, I. *de serv. præd.* : § 1, I. *de usufructu*.

entendu, dans la supposition que tout cela ne se fasse qu'en vue du droit d'usufruit.

La continuation de ce genre de possession dépend aussi, comme celle de toute autre possession, de la possibilité constante de reproduire la faculté primitive de disposer de la chose (1); elle se perd dès que cette possibilité fait défaut; mais cette perte peut encore se produire d'une autre manière. En effet, puisque le seul non-usage amène, au bout d'un certain temps, l'extinction de la servitude même, la possession doit en avoir été perdue pendant tout le laps de temps intermédiaire, quand même la faculté de disposer aurait toujours pu se reproduire. D'autre part, il est impossible de soutenir que tout non-usage, quelque court qu'il soit, suffise pour faire perdre la possession, car dans ce cas il n'y aurait plus de limite à assigner; la conservation de la possession et surtout la prescription acquisitive deviendraient impossibles. Il faut donc bien admettre que pendant le simple non-usage, si l'objet n'est pas occupé par autrui, la possession reste en suspens, et que c'est la reprise de l'usage, ou l'expiration de tout le laps de temps requis pour la prescription, qui prouvera si la possession a ou n'a pas subsisté pendant l'intervalle (2). Or, c'est précisément parce que la question reste ainsi en suspens, que ce mode de perdre la possession n'est guère pris en considération au point de vue des interdits (3).

(1) Les principes spéciaux sur la possession des esclaves fugitifs s'appliquent ici également, et même d'une manière plus favorable encore. L. 12, §§ 3, 4, *de usufructu*.

(2) La question de savoir si l'usufruitier est devenu propriétaire des fruits pourra également, dans certains cas, rester ainsi en suspens.

(3) Il n'en est pas tout à fait de même de la continuation de la possession considérée au point de vue de l'acquisition de la propriété par prescription. UNTERHOLZNER (*Verjæhrungslehre*, § 214) enseigne qu'ici

La possession de ces servitudes ressemble à toute autre possession, en ce qu'elle peut également se conserver par l'intermédiaire d'un représentant, d'un fermier par exemple; seulement dans l'application de cette règle il faudra faire certaines distinctions : *A.* Le droit s'attache ici à une personne déterminée ; il est donc inaliénable et dès lors le transfert par donation, vente, etc., n'aura en réalité d'autre effet que celui d'une location : il n'en résulte qu'un simple droit personnel contre l'usufruitier, et c'est dans sa forme seule que cette obligation présente une différence. La conséquence de ce principe, c'est que partout où se transfère la possession d'une chose, celle de l'usufruit n'aura subi aucune modification, de sorte que l'usufruitier continuera à conserver son droit de possession, soit qu'il ait simplement donné en bail son usufruit, soit qu'il l'ait vendu, donné ou cédé à titre précaire (1). — *B.* L'usufruit peut aussi se donner en bail au propriétaire même de la chose; l'usufruitier possède alors son usufruit par l'intermédiaire du propriétaire. Mais si le propriétaire vend la chose sans tenir compte de l'usufruit, c'est-à-dire sans le réserver, ou s'il la donne en bail de son propre chef,

la possession est censée continuer alors même qu'il y aurait eu des interruptions sans importance, mais qu'elle est interrompue lorsque l'exercice en a été négligé pendant un temps exceptionnellement long. Cette opinion, qui implique, il est vrai, une grande latitude d'appréciation de la part du juge, paraît fondée. (Note de la 6e éd.)

(1) L. 12. § 2, *de usufr.* « *Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere* (viennent ensuite les exemples de ce dernier cas), *vel locare, vel vendere potest : Nam* ET QUI LOCAT, UTITUR : ET QUI VENDIT, UTITUR. SED ET SI ALII PRECARIO CONCEDAT VEL DONET, PUTO EUM UTI : *atque ideo retineri usumfructum...* » Ces derniers mots rappellent que l'usufruit lui-même se perd par non-usage au bout d'un certain temps; de sorte qu'ici la continuation de la possession est indirectement requise pour la conservation du droit lui-même.

également sans tenir compte du droit d'usufruit, ce fait fera cesser la possession de l'usufruitier (1).

Les interdits enfin sont absolument les mêmes que pour la possession proprement dite, circonstance qui, plus que toute autre, aura contribué à faire confondre ces deux genres de possession (2). Puisque en effet l'exercice de ces servitudes, comme celui du droit de propriété, dépend de la possession naturelle de la chose, le trouble qu'on y apporte se manifeste dans les deux cas exactement de la même manière, et la protection accordée contre ce trouble sera également la même :

I. Si l'objet est un immeuble, et que la *juris quasi possessio* n'a été que troublée sans être enlevée, c'est l'interdit *uti possidetis* qu'on pourra invoquer. Cela aura lieu dans les cas suivants : *A.* Lorsque plusieurs ont le droit d'usufruit sur la même chose (*partibus indivisis*) et s'en troublent réciproquement l'exercice. *B.* Lorsque l'usufruitier veut se protéger contre les empiétements du propriétaire, et réciproquement (3). *C.* Lorsqu'un tiers, c'est-à-dire une personne sans droit aucun, trouble la posses-

(1) L. 29, pr. *quib. mod. usus fr.* — Ce passage ne peut absolument pas être invoqué à propos de la controverse que nous avons exposée plus haut, au § 33, en traitant de la possession même. Car d'abord la *juris quasi possessio* n'est pas du tout la même chose que la possession proprement dite, et, en second lieu, tout dépend ici du rapport particulier entre le propriétaire et l'usufruitier, rapport dont nous ne trouvons aucune analogie dans la possession proprement dite.

(2) Nous apprenons seulement par les *fragm. Vat.*, §§ 90, 91, 92, 93, que dans ce cas chaque interdit ne se donnait que comme un *interdictum utile*. Le passage essentiel, § 90, doit être émendé de la manière suivante : « *Si usufructu legato legatarius fundum nanctus sit, competit* UTILE *interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur.* INDE ET *interdictum uti possidetis utile hoc nomine proponitur,* ET *unde vi, quia non possidet,* etc. » (Note de la 3e éd.)

(3) Voyez p. 270.

sion de l'usufruitier. *D.* Lorsque différents droits, par exemple l'usage et l'usufruit, frappent une seule et même chose, et qu'il s'agit de protéger l'exercice de l'un à l'égard de l'autre (1).

II. De même que l'interdit *uti possidetis* s'invoque lorsqu'il s'agit d'immeubles, de même l'interdit *utrubi* s'appliquera à la *juris quasi possessio* lorsqu'il sera question de choses mobilières. Nos sources ne parlent pas, il est vrai, de ce genre d'application; mais leur silence s'explique si l'on se rappelle qu'en général elles parlent peu de l'interdit *utrubi*.

III. Si la possession n'est pas seulement troublée, mais réellement enlevée par violence, c'est l'interdit *de vi* qu'on appliquera (2). D'après le droit ancien, cet interdit ne concernait dans ce cas aussi que les immeubles, à moins que la perte de ceux-ci n'eût entraîné en même temps celle d'objets mobiliers, *quæ ille tunc ibi habuit* (3). L'extension que les constitutions impériales lui donnèrent, en l'appliquant aussi aux meubles, doit également être admise ici. L'action a d'abord pour l'objet la restitution de la chose, car il faut en avoir la possession naturelle pour pouvoir exercer les droits dont nous parlons : elle tend, en second lieu,

(1) L. 4, *uti possidetis* : « *In summa puto dicendum, et* INTER FRUCTUARIOS, *hoc interdictum reddendum, et si alter* USUMFRUCTUM. ALTER POSSESSIONEM *sibi defendat. Idem erit probandum, et* SI USUSFRUCTUS QUIS SIBI DEFENDAT POSSESSIONEM : *et ita Pomponius scribit. Proinde et si* ALTER USUM, ALTER FRUCTUM *sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.* » — WIEDERHOLD, p. 51, donne, d'après sa notion de l'interdit, une explication tout à fait fausse de ce passage. (Note de la 6e éd.) (Voyez Appendice, n° 162 *a*).

(2) L. 3, §§ 13, 14, *de vi.* — L. 60, pr. *de usufr.* (relativement à l'usufruit). L. 3, § 16, *de vi.* — L. 27, *de donat.* (relativement au droit d'usage). — HUENERER *diss. de restitutione usufructuarii ex interdicto unde vi*, Arg. 1631. G. A. STRUV. *diss. de int. unde vi, qualenus usufructuarius ex eo restituatur. Ien.*, 1658. (Voyez Appendice, n° 162 *b*.)

(3) L. 3, § 15, *de vi.*

à une réparation complète du dommage causé (1). Souvent cette réparation sera même le seul objet de l'action, lorsque, par exemple, le droit de servitude s'est éteint par la mort de l'usufruitier, par sa *capitis deminutio* ou par non-usage. Dans les deux premiers cas, la réparation ne peut concerner que le temps passé, parce que la perte du droit aurait également eu lieu sans la *dejectio* (2); si, au contraire, le droit se trouve perdu par non-usage, c'est la *dejectio* elle-même qui renferme la cause de cette perte, et dès lors la réparation doit comprendre également le temps à venir (3).

IV. On conçoit facilement qu'il ne soit pas question ici de l'interdit *de clandestina possessione*, puisque, même pour la possession proprement dite, le nom de cet interdit ne nous a été conservé que très-accidentellement.

V. Enfin l'exercice d'un tel droit de servitude peut aussi être concédé à titre précaire (4); dans ce cas, d'après les termes même de l'Édit, la restitution pourra s'obtenir au moyen de l'interdit *de precario* (5).

(1) L. 9, § 1, *de vi* : « *Dejectum ab usufructu in eandem causam Prætor restitui jubet : id est, in qua futurus esset, si dejectus non esset.* »

(2) L. 60, pr. *de usufructu.* L. 3, § 17, *de vi.*

(3) L. 9, § 1. L. 10, *de vi.*

(4) L. 12, § 2, *de usufructu.*

(5) L. 2, pr. *de prec.* «... *Quod* PRECARIO *ab illo* HABES... *id illi restituas.* » — L. 2, § 3, *eod.* : « HABERE PRECARIO *videtur, qui possessionem vel corporis,* VEL JURIS *adeptus est...* »

§ 46.

SERVITUDES RÉELLES.

La possession des servitudes réelles présente plus de difficultés que celle des servitudes personnelles : il faut ici distinguer soigneusement entre plusieurs cas, dont quelques-uns sont fort controversés (1).

Toute servitude réelle constitue une dérogation exceptionnelle au droit de propriété d'une autre personne, de telle sorte que celui qui possède la servitude aura le droit de faire ce qui, sans cela, pourrait lui être interdit : *servitus quæ in patiendo consistit*, ou bien que le propriétaire de la chose grevée de servitude ne pourra pas faire ce que, sans cela, il aurait le droit de faire : *servitus quæ in non faciendo consistit* (2). Les premières servitudes se nomment positives ou affirmatives, les secondes négatives ou prohibitives. Le fait autorisé par les servitudes positives est tantôt un acte indépendant en soi et ne concernant le fonds servant que d'une manière médiate, par exemple le *jus itineris*, tantôt il se rattache d'une manière immédiate à la possession même du fonds servant, par exemple le *jus tigni immittendi*. Il faut ici soigneusement distinguer ces trois classes de servitudes réelles (3).

(1) OPPENRITTER, *Summa poss.*, P. 1, C. 5, *de adquisitione quasi possessionis*, ne parle presque exclusivement que de servitudes réelles.

(2) Cette distinction ne se retrouve pas dans les servitudes personnelles, parce qu'elles sont toutes positives de leur nature.

(3) Cette division correspond presque complétement à une autre, mais cette coïncidence n'est qu'accidentelle et ne saurait donc être posée en principe : la première classe comprend les servitudes *prædiorum* RUSTICORUM ; la deuxième et la troisième, les servitudes *prædiorum* URBANORUM.

Première classe : Servitudes positives (*quæ in patiendo consistunt*) dont l'exercice implique un fait personnel et indépendant. En général, l'acquisition de la *juris quasi possessio* se réalisera ici de la manière suivante. Il faut que le fait qui constitue l'objet du droit ait été posé une fois au moins, et cela *à titre de droit* (1). Ainsi celui qui passe sur le fonds du voisin pour lui parler n'a évidemment pas exercé le *jus itineris;* celui, au contraire, qui, voulant exercer ce droit, en vient à bout par violence et malgré l'opposition du propriétaire, en aura acquis la *quasi possessio*, et à cet effet la tolérance ou l'assentiment du propriétaire (*patientia*) n'est nullement requise (2). Quant à la

(1) L. 25, *quemadm. serv.* « *Servitute usus non videtur, nisi is, qui* SUO JURE UTI *se credidit : ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit.* » Cette opposition prouve que le terme plus ou moins ambigu *credidit* ne désigne pas la bonne foi, mais le véritable *animus possidendi.* — L. 7, *de itinere.* « *Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen* TANQUAM ID SUO JURE FACERET, *sed, si prohiberetur, non facturus : inutile est ei interdictum de itinere actuque : nam ut hoc interdictum competat,* JUS FUNDI POSSEDISSE *oportet.* » Comp. L. 1, § 6, *de itinere.* Cette condition importante constitue le caractère spécial que revêt ici l'*animus possidendi ;* car le fait de passer sur un fonds pour y parler au propriétaire est par lui-même inhabile à impliquer l'*animus possidendi,* quelles que soient d'ailleurs les intentions secrètes de celui qui le pose. (Note de la 6e éd.)

(2) L. 20, *de serv.* « ... *Ego puto,* USUM *ejus juris* (il s'agit d'un *jus fundi*) *pro traditione possessionis accipiendum esse.* » L'*usus* sans qualification plus spéciale constitue donc l'appréhension. Cela résulte encore des diverses exceptions opposables aux interdits, exceptions (*vi, clam, precario*) qui n'auraient ici, comme en matière de possession, aucun sens si, dans les cas où elles se présentent, on ne pouvait prétendre qu'il y a eu appréhension. Les passages invoqués pour soutenir le contraire (L. 11, § 1, *de public. in rem act.* — L. 1, § 2, *de serv. præd. rust.*) ne parlent pas de l'acquisition de la possession, mais de celle du droit lui-même. Voici ce qu'il en était : 1. La *cessio* et la *mancipatio* ont pour effet d'établir réellement un droit de ce genre (ULPIEN, XIX, 1, 11). 2. La tra-

perte de cette possession, nous aurions à dire ici exactement ce que nous avons dit plus haut (1) à propos des servitudes personnelles. Nous devons seulement ajouter que cette possession pourra se conserver par le fait de toute tierce personne, même en dehors de toute idée de représentation, pourvu que ce fait soit posé *fundi nomine*. L. 5. L. 6 pr. L. 20. L. 24, *quemadmodum servitus*. — L. 1, § 7. L. 3, § 4, *de itinere*. La perte de ce genre de possession a de l'importance au point de vue des interdits, à cause de diverses dispositions particulières. — Il y a enfin pour cette matière des interdits spéciaux, et les actions possessoires ordinaires ne peuvent, dans aucun cas, être invoquées (2). L'interdit *de vi* n'est pas applicable parce qu'on ne saurait concevoir de *dejectio* proprement dite (3). L'interdit *de precario* est au moins complétement superflu, car celui qui donne à un autre, à titre précaire, la permission de passer sur son fonds et veut ensuite lui retirer cette autorisation, peut se servir à cette fin de l'interdit *uti possidetis* (4). D'ailleurs l'interdit *de precario*, par ses termes mêmes, ne concerne que la restitu-

dition n'a pas cet effet; elle donne seulement une *Publiciana actio* (voyez les lois citées) : mais à cet effet aussi il faut, comme pour toute tradition, la volonté du *tradens*, laquelle suppose toujours la *patientia*, c'est-à dire son intention de permettre l'exercice de la servitude.

(1) Voyez p. 462.

(2) Plusieurs auteurs ont néanmoins voulu les admettre : BUSIUS *in subtil. jur.*, VII, 5 ; et tout récemment THIBAUT, *Archiv*, vol. 1, p. 111-116, vol. 18, p. 325. *Pandekten*, § 769 de la 8e édition. — Voyez, en sens contraire, GIPHANIUS *in Cod. tit. uti poss.*, P. 2, p. 302. (Voyez Appendice, n° 163).

(3) L. 4, § 27, *de usurp.* « *Si viam habeam per tuum fundum, et tu me ab ea* VI EXPULERIS : *per longum tempus non utendo amittam viam : quia nec possideri intelligitur jus incorporale,* NEC DE VIA QUIS, ID EST MERO JURE, DETRUDITUR. »

(4) Voici comment se règlent ici les rapports des parties : le proprié-

tion d'une chose remise à un autre, ce qui ne saurait être le cas ici (1). L'interdit *uti possidetis* serait donc le seul qu'on pourrait concevoir ici, et cependant il n'est pas admis; des interdits spéciaux sont, au contraire, comme nous venons de le lire, établis pour les cas les plus importants (2). La loi n'accorde donc d'action que dans ces cas spécialement déterminés (3), et

taire a, comme possesseur, l'interdit *uti possidetis ;* si le défendeur est en possession de la servitude, il invoquera l'interdit *de itinere* à titre d'exception (p. 269 et suiv.); mais si la possession de la servitude se base sur un *precarium,* le demandeur pourra l'admettre en fait et énerver néanmoins l'exception au moyen d'une réplique. L'interdit *de precario* obligerait ici à supposer que le possesseur d'une servitude en aurait abandonné l'usage à titre précaire à un autre, et voudrait maintenant se le faire restituer; mais c'est précisément ce qui ne peut se présenter en matière de servitudes. (Note de la 6e éd.)

(1) En effet, le HABERE *precario* se conçoit pour chaque *jus in re* (L. 2, § 3, *de prec.*) et notamment pour les servitudes de cette première classe (L. 3, L. 15, § 1, *de prec.*). Mais il n'en est pas ainsi du RESTITUERE *precarium,* seul objet de l'interdit (L. 2, pr., *de prec.*). Toutefois, pour ces servitudes aussi, il n'est pas indifférent de savoir si elles se basent sur un *precarium;* car certaines exceptions au moins pourront en dépendre (L. 1, pr., *de itin.*, etc.).

(2) L. 20 in f., *de serv.* «... *Ideoque et* INTERDICTA VELUTI POSSESSORIA *constituta sunt.* » THIBAUT, *l. c.*, p. 116, prend cette expression vague pour une expression générale, ce qui est tout à fait arbitraire, car ce passage peut tout aussi bien signifier : « Voilà pourquoi il y a aussi dans ces cas (dans quelques-uns ou dans plusieurs) des moyens de droit possessoires. » (Voyez Appendice, n° 164.)

(3) Comme tous les interdits possessoires sont positifs de leur nature, l'interdit *uti possidetis* ne saurait s'appliquer à ces cas que l'on ne nomme pas; son emploi ne serait pas ici l'application d'un principe général à un cas spécial, mais plutôt l'extension d'une règle à des cas pour lesquels elle n'est pas faite ; et ces servitudes moins importantes seraient ainsi plus favorablement traitées que les servitudes plus anciennes et plus importantes (*via, actus, iter, aquæductus*). De même, on ne concevrait pas que les interdits spéciaux relatifs à ces servitudes fussent appliqués, par voie d'analogie, aux servitudes qui ne sont pas expressément prévues, parce que les conditions d'application de ces interdits

seulement dans les formes qui sont expressément prescrites à cette fin, et que nous exposerons. — Mais quoique la nature particulière de l'objet ait rendu nécessaires ces interdits spéciaux, ceux-ci n'en ressemblent pas moins à l'interdit *uti possidetis* et reposent sur la même base que ce dernier. Comme lui, ils sont prohibitoires et découlent d'une *obligatio ex maleficio*, ce qui résulte à l'évidence de la formule qui est partout la même : *vim fieri veto* (1).

spéciaux présentent trop de diversité. — (Add. de la 4e éd.) Voici ce qu'il faut surtout remarquer à propos de cette controverse : Si plusieurs de ces servitudes ont des interdits spéciaux à la place des interdits ordinaires, ce n'est pas là un fait accidentel, c'est au contraire le résultat de la nature particulière de ces servitudes, qui consistent en faits discontinus, et auxquelles par ce motif les interdits ordinaires ne semblaient pas pouvoir s'appliquer. Il fallait préciser davantage le genre d'exercice requis pour pouvoir invoquer une protection possessoire. Pour les servitudes de chemin, on adopta les trente jours ; pour celles qui concernent la conduite des eaux, il fallait un exercice quelconque pendant la dernière année. Ainsi se trouvaient épuisés tous les cas qui avaient de l'importance pour les Romains. Quant aux cas moins importants, où les interdits ordinaires n'étaient pas moins inapplicables, il fallait se contenter d'actions pétitoires. En ce qui concerne le droit de pacage, les mentions si rares et indécises que nous en trouvons dans les sources font croire que ce droit ne se présentait à Rome que bien rarement à l'état de servitude, et qu'il avait dès lors peu d'importance. De cette manière, l'absence complète de toute action possessoire en sa faveur s'expliquerait historiquement, mais au point de vue de notre pratique il y aurait là toujours une lacune. — (Add. de la 6e éd.) Je crois, du reste, devoir admettre aujourd'hui que cette question, importante en théorie, ne présente plus guère d'importance pratique, parce que l'*actio spolii* (action en réintégrande), est applicable à ces servitudes. Voyez, plus loin, l'addition faite au § 50. (Voyez Appendice, n° 165.)

(1) C'est ce qu'ALBERT (*Besitz unkœrperlicher Sachen*, §§ 140 et suiv.) a prétendu nier, en soutenant que le *vim fieri veto* signifie ici tout autre chose que dans l'interdit *uti possidetis* (§ 145) ; mais il a en vain essayé de nous faire comprendre ce sens particulier. On concevrait une telle manière de voir si ces mots n'avaient été employés qu'accidentellement

I. *Jus itineris, actus, viæ.*

Sources :

Dig., lib. 43, *tit.* 19.

C. ALBERT : *Ueber den Besitz unkœrperlicher Sachen.* N° 1. *Darstellung des possessorischen* INTERDICTUM DE ITINERE ACTUQUE PRIVATO. Leipzig, 1826.

J.-C. ALTHOF. *Das* INT. DE ITINERE ACTUQUE PRIVATO. Rinteln, 1836.

La première condition de cet interdit, c'est qu'on possède la servitude; il s'agit de préciser maintenant ce qu'on entend par cette possession. Elle ressemble à toute autre *juris quasi possessio* de ce genre en ce que le droit doit avoir été exercé par le demandeur lui-même, ou par d'autres personnes en son nom (1), et cela à titre de droit véritable. Celui donc qui passerait sur le fonds du voisin par un autre motif, par exemple à cause d'une inondation qui rend le chemin public impraticable, n'aurait évidemment pas posé un acte de possession, et ce fait est même soigneusement distingué d'une *precaria possessio* (2). — L'exercice seul de la servitude ne suffit même pas; cet exercice doit de plus avoir eu lieu dans une mesure déterminée. Il faut en effet que, pendant l'année antérieure au jour où s'intente l'action, on ait exercé le *jus itineris* à trente différents

dans quelque interprétation de la loi ; mais les mêmes termes se retrouvent dans la formule de chacun de ces interdits, exactement comme dans l'interdit *uti possidetis;* et malgré cela on voudrait ici leur attribuer un sens différent! (Le passage du texte auquel se réfère cette note a été ajouté dans la 6e éd.)

(1) L. 1, §§ 7, 8, 11. L. 3, § 4, *de itin.*

(2) L. 1, § 6. L. 7, *de itin.* (voyez, plus haut, p. 467 et suiv.).

jours au moins (1). Toutefois il y a moyen d'obtenir restitution contre ce mode de compter. Si, par exemple, pendant la dernière année écoulée, l'exercice de la servitude a été empêché par violence ou par quelque autre cause suffisamment grave, on obtiendra, par restitution, que l'année antérieure soit prise pour base du compte à faire (2).—Il faut enfin remarquer ici l'*accessio possessionis*, dans ce sens qu'il est indifférent que ce soit le demandeur lui-même, ou son auteur, ou tous les deux en même temps qui ont exercé la servitude pendant les trente jours voulus (3). Si c'est l'auteur seul qui l'a exercée, l'interdit devient pour le demandeur un interdit *adipiscendæ possessionis* (4). —La deuxième condition requise, c'est que l'exercice de la servitude ait été entravé par un acte de violence, et les conditions de cette violence sont exactement les mêmes que pour l'interdit *uti possidetis*. L'interdit s'invoque contre tout auteur de ce trouble, que ce soit le propriétaire du fonds grevé, ou

(1) L. 1, §§ 2, 3, *de itin.* L'écrit d'ALTHOF n'a presque pas d'autre but que de donner un sens différent à cette règle (§§ 1-39). Il exige seulement l'exercice de la servitude à plusieurs reprises, pourvu que les faits embrassent au moins un mois. Ainsi vingt-neuf jours consécutifs ne seraient pas suffisants, mais deux jours, séparés par trois mois d'intervalle, pourraient suffire ; ce dernier point toutefois serait abandonné à l'appréciation du juge. Pour arriver à ce résultat, il eût certes mieux valu ne pas fixer de chiffre du tout. Son argument principal est qu'on ne passera pas facilement en voiture sur le même fonds à trente jours différents ; mais on ne requiert nullement pour chaque jour tous les genres d'usage. Ainsi celui qui aura passé dix fois à pied, dix fois à cheval et dix fois en voiture aura fait un usage qui suffira même pour la *servitus actus*. (Note de la 6e éd.)

(2) L. 1, § 9, *de itin.*

(3) L. 3, §§ 6-10. L. 6, *de itin.*

(4) L. 2, § 3, *de interdictis* : « *Apiscendæ possessionis sunt interdicta... ex hoc genere est et* : QUO ITINERE VENDITOR USUS EST, QUOMINUS EMTOR UTATUR, VIM FIERI VETO. »

n'importe quelle autre personne ; il est donc loin de ne concerner que les rapports entre le droit de propriété et la servitude (1).

L'objet de la demande est, avant tout, la cessation du trouble apporté à l'exercice de la servitude (2) ; en second lieu, la réparation complète du dommage causé (3). L'effet est donc tout à fait analogue à celui de l'interdit *uti possidetis*.

Quant aux exceptions, elles ne concernent que la manière dont la servitude a été exercée, car pour la prescription il ne fallait pas d'exception spéciale, puisque, dans le fait à prouver par le demandeur, se trouve déjà comprise la restriction apportée à la durée de l'action. Voici donc la règle sur laquelle se basent ces exceptions. Dans les trente jours requis on ne compte pas ceux pendant lesquels la servitude aurait été exercée par violence, clandestinement, ou *precario* (4). Telle est la seule portée de ces exceptions. Lors donc que la servitude a été exercée pendant trente jours d'une manière exempte de l'un de ces vices, l'exception ne saurait être invoquée en alléguant pour motif qu'en dehors de ces trente jours, la servitude aurait encore été exercée *vi, clam* ou *precario* (5). D'autre part, il est tout à fait indifférent que le vice sur lequel s'appuyait l'exercice pendant les trente jours ait existé à l'égard du défendeur actuel, ou de son représentant, ou même de quelque autre possesseur antérieur. Celui donc qui achète un fonds ou en hérite acquiert en même temps les exceptions qu'aurait pu opposer le possesseur dont il est le successeur juridique.

(1) L. 3, § 5, *de itin.*
(2) L. 1, pr., *de itin.* « ... *vim fieri veto.* »
(3) L. 3, § 3, *de itin.*
(4) L. 1, pr. L. 3, pr., § 1, *de itin.*
(5) L. 1, § 12. L. 2. L. 6, *de itin.*

L. 3, § 2, *de itinere* :

« *Si quis* AB ACTORE MEO (1) *vi aut clam, aut precario usus* « *est : recte a me via uti prohibetur, et interdictum ei inutile* « *est : quia a me videtur vi, vel clam, vel precario possidere, qui* « AB ACTORE (2) MEO *vitiose possidet. Nam et Pedius scribit, si vi* « *aut clam, aut precario ab eo sit usus, in cujus locum* (3) *here-* « *ditate vel emptione, aliove quo jure successi,* IDEM ESSE « DICENDUM... » La leçon florentine est fort peu plausible, puisque d'après elle Ulpien dirait deux fois la même chose, en employant des expressions qui semblent annoncer quelque chose de nouveau. Ceci s'applique surtout aux mots « IDEM *esse dicendum,* » expression qui ne s'emploie en général que pour

(1) Telle est la leçon de quatre manuscrits de Paris (4435, 4486, 4487 et 4456) et de l'édition de Paris de 1536, 4°, la seule peut-être parmi toutes les éditions. *Glossa anon. interlin.* (*Ms. Paris.* 4479 « *id est administratore* » (cette glose suppose le mot *actore* et est donc empruntée à un manuscrit qui adoptait cette leçon). ODOFRED. *in h. L.* (fol. 102) : « *alii habent,* AB ACTORE : *i. e. a Castaldione.* » — *Flor.* « *ab* AUCTORE *vi.* » *Rom.* 1476, etc., etc., et même deux éditions antérieures de la même imprimerie que l'édition de Paris citée plus haut (*Paris,* 1510 et 1514, 4°) ont « *ab* AUCTORE MEO *vi.* » Le mot *meo* se trouve dans beaucoup de manuscrits. Quant à la confusion fréquente de *actor* et *auctor*, de même que *actio* et *auctio*, voyez CUJAS, *Obss.* XXIV, 8.

(2) Telle est encore la leçon de l'édition de Paris de 1536, 4°, et celle des trois premiers manuscrits cités à la note précédente; le quatrième lit *auctore.*

(3) C'est la leçon des anciennes éditions, y compris celle d'Haloander, et l'édition de Paris de 1536, 4°. — « NON *in cujus locum* » se trouve dans le texte de l'édition de Bâle, 1541, f. (*ap. Hervag.*). — Les éditions de Lyon, 1551, 1557, 4°, *Portanæ*, indiquent cette leçon comme variante. — Elle est aussi indiquée comme variante d'un *Cod. Medic.* dans l'édition de Vintimille, Paris, 1548, 8°, et d'après celle-ci dans plusieurs autres (*Lugdun.* 1551, 12; *Paris,* 1552, 8. *Russard., Charond., Paciana, Baudoz.*) : ce manuscrit Médicéen ne doit du reste pas être confondu avec le célèbre manuscrit de Florence. Voyez BRENCMANN, *hist. Pand.*, p. 254. — Je n'ai trouvé le *non* dans aucun manuscrit.

passer à un second cas, qu'on décide de la même manière que le premier. La leçon que nous adoptons fait entièrement disparaître la difficulté. Il est alors question en premier lieu de la violence exercée contre mon *actor*, c'est-à-dire contre l'esclave à qui j'ai confié la surveillance de ma propriété ; ensuite de celle qui a été commise contre mon *auctor*, par exemple contre mon vendeur, ou contre celui dont je suis l'héritier. Dans la première hypothèse, j'aurai l'exception fondée sur l'acte de violence, et la même chose doit avoir lieu dans le second cas : « IDEM *esse dicendum.* » — La leçon de Hervag lèverait aussi cette difficulté, mais d'une tout autre manière. Dans la première partie, il serait question d'un successeur juridique : « *ab auctore;* » dans la seconde, d'un successeur dans le sens non juridique : « *non in cujus locum* ... JURE *successi.* » Toutefois cette seconde partie serait alors non-seulement fort mal rédigée, mais aussi contraire à toute analogie. (Voyez Appendice, n° 166.)

II. Un second interdit concerne les mêmes servitudes que le précédent, mais il tend à obtenir l'entretien du chemin dont l'usage est assuré par ce dernier.

Source : *Dig.*, *lib.* 43, *tit.* 19. (L. 3, § 11, etc.)

Le demandeur exige, par cet interdit, que le propriétaire ne l'empêche pas de maintenir le chemin en bon état.

Cet interdit est du reste plus restreint que le précédent, et on le conçoit facilement. Le demandeur doit fournir caution à raison du dommage que ses travaux peuvent occasionner (1) ; il doit encore, à la différence de ce qui a lieu dans toutes les autres actions possessoires, prouver son JUS *reficiendi* et la possession

(1) L. 3, § 11. L. 5, § 4, *de itin.*

telle qu'elle était exigée pour l'interdit précédent. Quant au JUS *reficiendi*, il est considéré comme découlant de la servitude même aussi longtemps qu'on ne peut prouver qu'il y a été dérogé; le demandeur doit par conséquent, outre le fait de la possession, prouver aussi son droit à la servitude (1).

Ce droit n'est pas seulement la condition de l'interdit, il en est aussi l'objet, de sorte que non-seulement le demandeur est protégé contre tout trouble qui l'empêcherait de réparer le chemin, on doit de plus, s'il fait la preuve exigée, lui adjuger le droit lui-même, comme dans l'*actio confessoria* (2). Voici donc quel est le rapport entre cette action et l'interdit. Celui qui peut prouver son droit sur la servitude, s'en assure par la *confessoria actio* l'exercice complet; il a même, dans ce cas, le choix entre une action et un interdit; seulement, s'il opte pour ce dernier, il faut qu'outre son droit il prouve encore qu'il est en possession de la servitude. — Cet interdit n'étant ainsi qu'une *actio confessoria* sous forme d'interdit, il est clair qu'il ne peut plus en être question depuis que la forme de procédure, par laquelle seule il se distinguait de cette action, a disparu.

III. *Jus aquæ quotidianæ vel æstivæ ducendæ* (3).

Source : *Dig., lib.* 43, *tit.* 20.

La première condition de cet interdit, c'est la possession de la

(1) L. 3, §§ 11, 13, 14, *de itin.*

(2) L. 2, § 2, *de interdictis* : « *Quædam interdicta* REI PERSECUTIONEM CONTINENT, *veluti de itinere actuque privato* (*sc. reficiendo*) : *nam* PROPRIETATIS CAUSAM CONTINET *hoc interdictum.* » La comparaison avec la L. 3, § 13, *de itin.* prouve à l'évidence que ce passage ne concerne que l'interdit *de itinere* REFICIENDO. — COSTA *in* pr. I. *de interdictis.* — Nous avons dit plus haut, dans l'addition de la 6e édition, au § 6, comment HASSE explique erronément ce passage en se plaçant à un point de vue plus général.

(3) Il est probable qu'en principe cet interdit ne concernait que l'agri-

servitude. Cette possession doit de plus avoir été exercée dans la conviction de l'existence du droit : *bonæ fidei possessio* (1). Enfin elle doit avoir été exercée pendant la dernière année, ou pendant une année et demie si l'on ne peut se servir de l'aqueduc qu'en été ou en hiver (2). — Outre la possession, il faut ici encore un acte de violence qui la trouble, peu importe que cet acte émane du propriétaire ou d'un tiers (3). Lorsque plusieurs prétendent avoir droit au même aqueduc, l'action devient *interdictum duplex* comme l'interdit *uti possidetis* (4).

L'action a principalement pour objet le libre exercice de la possession (5), ensuite la réparation du dommage causé, lequel peut ici, comme pour les autres servitudes, consister dans la perte du droit lui-même par non-usage (6).

Les exceptions se basent sur ce que l'exercice de la servitude aurait eu lieu d'une manière vicieuse : *vi*, *clam* ou *precario* (7).

IV. Un interdit spécial, l'interdit *de rivis*, concerne la réparation de l'aqueduc.

culture ; plus tard on l'étendit à tout conduit d'eau en général : L. 1, §§ 11, 13, 14. L. 3, pr., *de aqua*. On alla même jusqu'à l'étendre à des conduits d'eau dont l'usage ne pouvait être considéré comme se rattachant à une servitude réelle, mais uniquement comme un droit purement personnel. L. 1, §§ 12, 24, *eod*.

(1) L. 1, §§ 10, 19, *de aqua*.

(2) L. 1, §§ 31-36. L. 6, *de aqua*.

(3) L. 1, § 25, *de aqua*.

(4) L. 1, § 26, *de aqua* : « *Si inter* RIVALES, ID EST, QUI PER EUNDEM RIVUM AQUAM DUCUNT, *sit contentio de aquæ usu, utroque suum usum esse contendente : duplex interdictum utrique competit.* » (Sur la définition de *rivalis*, voy. *Glossa in* c. 18, C. 32, q. 5.) Cf. L. 4, *de aqua*. PAUL, V, 6, § 9.

(5) L. 1, pr., *de aqua* : « ... *vim fieri veto.* » L. 1, § 27, *eod*.

(6) L. 1, § 23, *de aqua*.

(7) L. 1, pr. §§ 10, 20, *de aqua*.

Source : *Dig., lib.* 43, *tit.* 21.

Cet interdit dépend des mêmes conditions que le précédent (1) : il ne s'agit donc pas ici du droit lui-même, mais uniquement de la possession de la servitude (2); seûlement il faudra dans ce cas aussi fournir caution à raison du dommage que les travaux pourraient occasionner (3).

V. De la même manière, et moyennant les mêmes conditions que les deux interdits précédents, nous trouvons deux interdits destinés à garantir le *jus aquæ hauriendæ*.

Source : *Dig., lib.* 43, *tit.* 22.

Celui qui a exercé ce droit d'une manière exempte de vice pendant l'année antérieure, peut invoquer, pour s'en assurer l'exercice futur, le premier de ces deux interdits, et avoir recours au second pour pouvoir réparer et entretenir le puits, la fontaine, etc., auxquels la servitude est attachée.

Deuxième classe de servitudes réelles : servitudes positives dont l'exercice se trouve intimement lié à la possession d'un immeuble.

Il est facile de préciser les règles sur l'acquisition et la conservation de la possession de ces servitudes, puisqu'elles supposent toujours des ouvrages apparents dont l'existence constitue précisément l'exercice de la servitude. Ainsi lorsqu'il est question du *jus tigni immittendi*, la *juris quasi possessio* dépend de la question de savoir si l'*immissio* a réellement lieu ou non (4).

(1) L. 3, § 7, *de rivis.*
(2) L. 1, § 9, L. 4, *de rivis.*
(3) L. 3, § 9, *de rivis.*
(4) L. 20, pr., *de serv. præd. urb.* : « *Servitutes, quæ in superficie consistunt,* POSSESSIONE *retinentur...* » C'est-à-dire par la possession de la chose même au moyen de laquelle s'exerce la servitude.

Ce n'est qu'à propos de la troisième classe que nous pourrons exposer les interdits qui se rapportent à ces servitudes.

Troisième classe. Servitudes négatives.

Elles donnent le droit d'exiger que le propriétaire d'une chose s'abstienne de poser certains actes que, sans cela, il pourrait poser en sa qualité de propriétaire. Comment s'acquiert la possession d'un tel droit?

Ordinairement on commence par rapporter, mais à tort, cette question à l'acquisition du droit lui-même. On prétend qu'ici, comme en matière de propriété, il faut tradition, et cependant dans l'ancien droit la *in jure cessio*, et dans le droit de Justinien la seule convention, suffisaient pour cette acquisition (1). La question est importante *a.* au point de vue du droit aux interdits, *b.* pour la prescription, *c.* pour la *Publiciana actio*, qui ne résulte, dans cette espèce aussi, que de la tradition, mais qui n'est nécessaire que lorsque la servitude n'a pas été constituée par celui que l'on prouve être le vrai propriétaire (2).

Il est ici un cas d'acquisition de possession qui ne fait aucune difficulté : c'est lorsque le fait contraire à la servitude est tenté par le propriétaire, mais se trouve empêché, soit par la seule opposition de l'adversaire, soit par violence, soit par une défense du magistrat (3). Les autres cas d'acquisition sont très-controversés. Quelques auteurs exigent, par analogie du premier cas, que la tentative de poser un fait contraire soit au moins simulée, et entravée par une défense également simulée (4). Mais de tels actes symboliques ne répondent nullement à la nature de la pos-

(1) ULPIEN, XIX, 11. — § 4, I. *de serv. præd.*
(2) L. 11, § 1, *de public. in rem actione.*
(3) L. 15, *de oper. nov. nunt.* L. 45, *de damno inf.*
(4) HEISLER a publié une dissertation spéciale sur la question de savoir

session; on ne peut les appuyer sur aucune preuve positive, et on ne les a supposés, du reste, qu'à défaut d'explication plus satisfaisante. D'autres prétendent, au contraire, que la seule abstention du propriétaire de poser le fait en question constitue déjà la possession de la servitude négative, de sorte que, par exemple, tout propriétaire de maison aurait contre ses voisins la possession d'un droit *altius non tollendi* basé sur la hauteur actuelle des maisons voisines (1). Ce système aussi est né de l'impossibilité où l'on était d'en trouver un meilleur, car il est contraire à la saine raison d'admettre que tout propriétaire foncier possède ainsi, à chaque instant voulu, une infinité de servitudes à charge de ses voisins. — Je crois que la solution de la question gît dans ce même principe que nous avons appliqué plus haut aux servitudes positives. Leur possession ne résulte pas de tout exercice quelconque, mais seulement d'un exercice à titre de droit : *tanquam id suo jure faceret.* Il faut donc distinguer l'usage purement matériel et accidentel de celui qui se base sur des motifs juridiques et sur une espèce de nécessité. La raison de cette différence, ici comme en matière de

si les servitudes négatives peuvent s'acquérir par la seule convention sans tradition. (*Abhandlungen*, Halle, 1733, 4°, 3.) §§ 14-16, THIBAUT, *Ueber Besitz*, § 16.

(1) J'avais aussi adopté ce système dans mes deux premières éditions; la L 6, § 1, *si serv. vind.*, m'y avait surtout déterminé : « *Si forte non habeam ædificatum altius in meo, adversarius meus possessor est.* » Cependant les mots « *possessor est* » désignent ici, non pas la possession, mais la qualité de défendeur : « L'adversaire est celui qui, s'il le veut, peut être défendeur au procès. » Les mots qui suivent immédiatement appuient cette explication, car si l'on avait eu en vue la possession, rien n'eût été plus naturel que d'attribuer les interdits possessoires à cet adversaire. C'est ce qu'on ne fait pas; on ne lui donne que l'interdit *quod vi aut clam*, interdit qui peut subsister sans possession aucune. (Voyez Appendice, n° 167.)

servitudes positives, c'est que, sans cela, l'*animus possidendi* manquerait de base. Si nous appliquons cette distinction aux servitudes négatives, la seconde des opinions citées plus haut se trouve par là même réfutée. En effet, si mon voisin n'a bâti que jusqu'à telle hauteur, je profite de cette circonstance d'une manière purement matérielle et accidentelle : je n'ai donc, à cet égard, aucune possession. Par contre, ce même principe nous explique pourquoi la tentative sérieuse de poser un fait contraire produit, si elle est entravée, la possession, puisque dès lors l'abstention n'est plus accidentelle, mais le résultat de cette opposition. Le même effet doit être attribué au titre constitutif. Si le voisin m'a concédé le *jus altius non tollendi* par convention ou par testament, l'abstention du fait contraire n'est plus accidentelle, mais obligatoire, puisqu'elle résulte de la convention ou du testament; le même acte donc qui m'a donné le droit m'aura aussi donné la possession, et pour acquérir cette dernière, il ne faudra pas de ces actes symboliques dont nous venons de parler. La différence entre l'acquisition du droit et celle de la possession consiste ici seulement en ce que le premier ne peut être concédé que par le vrai propriétaire du fonds voisin, tandis que la possession peut certainement aussi être acquise d'un simple possesseur.

De tout cela il résulte que la possession des servitudes négatives peut être acquise de deux manières, par opposition et par titre constitutif : dans le premier cas, l'acquisition aura lieu par suite de la résistance à la tentative de poser un fait contraire à la servitude; dans le second, elle se fera au moyen de tout acte juridique dont la forme est apte à concéder un droit de servitude, peu importe d'ailleurs que ce droit ait effectivement été concédé ou non.

La possession d'une servitude négative se perd lorsque l'adversaire parvient à poser le fait contraire. Lors donc que le voisin, contre lequel je prétends avoir un *jus altius non tollendi*, n'en augmente pas moins l'élévation de sa maison, j'aurai par là même perdu la possession de ma servitude.

Il nous reste à exposer les interdits qui servent à garantir l'exercice des servitudes de la deuxième et de la troisième classe. Chacune de ces servitudes n'est au fond qu'une modification de la possession de la chose principale : celui, par exemple, qui possède le *jus tigni immittendi*, ou le *jus altius non tollendi*, n'a en réalité que la possession d'une maison modifiée d'une certaine manière. Voilà pourquoi des interdits spéciaux pour la possession de ces servitudes n'étaient nullement nécessaires, tout trouble apporté à leur libre exercice affectant également la possession de la chose principale. L'action relative à la possession de toutes ces servitudes n'est donc jamais l'interdit *de vi*, puisque le trouble, quelque grave qu'il soit, n'enlève jamais la possession du fonds, c'est au contraire l'interdit *uti possidetis* (1). Une exception apportée à ce principe le rend lui-même parfaite-

(1) L. 8, § 5, *si serv. vind.* : « ... *Agi poterit*, JUS ESSE FUMUM IMMITTERE, *quod et ipsum videtur Aristo probare.* SED ET INTERDICTUM UTI POSSIDETIS POTERIT LOCUM HABERE, SI QUIS PROHIBEATUR, QUALITER VELIT, SUO UTI. » — Il s'agit ici seulement d'une servitude positive, appartenant à la deuxième classe, mais il n'est pas douteux que la même chose doive se dire aussi des servitudes négatives. Une raison particulière rendra toutefois pour ces dernières beaucoup plus rare l'application des actions possessoires : il s'agit là en effet, dans la plupart des cas, non pas seulement d'écarter un trouble de possession et d'obtenir la réparation du dommage causé, mais aussi de faire démolir des ouvrages déjà construits, etc., etc. Or, ce but se poursuit par un interdit tout spécial qui ne se range pas au nombre des actions possessoires, je veux dire par l'interdit *quod vi aut clam*, qui est même plus avantageux que ces actions, parce que les conditions de son application sont plus faciles.

ment clair. Pour le *jus cloacæ*, on crut nécessaire d'introduire une certaine modification aux conditions de l'interdit *uti possidetis;* on ne se borna dès lors pas à établir un interdit spécial (1), on exclut encore formellement l'interdit *uti possidetis* (2). — Tout ceci deviendra encore plus évident si nous le mettons en opposition avec ce que nous avons dit des servitudes réelles de la première classe, c'est-à-dire de celles qui consistent à pouvoir poser des faits indépendants. Ces servitudes aussi sont des qualités spéciales du fonds dominant; le droit de les exercer est une qualité de la propriété de ce fonds (3); mais il n'en est pas de même de leur possession. En effet, comme celle-ci consiste en actes indépendants de la possession du principal, on ne peut dire de ces servitudes qu'elles sont possédées en même temps que le fond, et que le trouble de leur possession affecte également la possession de ce dernier. Voilà pourquoi les principaux droits de cette catégorie ont reçu des interdits spéciaux, sans qu'on ait cru devoir les exclure formellement de l'interdit *uti*

(1) Dig., lib. 43, tit. 23, *de cloacis* (*sc. purgandis, reficiendis*) : ce qu'il y a de spécial ici, c'est l'absence des exceptions ordinaires (L. 1, § 7, *de cloacis*), et il est facile d'en comprendre les motifs. Il est d'intérêt public (« *ad publicam utilitatem spectare videtur* ») que l'entretien des cloaques ne soit pas entravé; quant à l'examen du droit, ou même de la *justa possessio*, rien n'empêche de le faire plus tard. (Voyez Appendice, n° 168.)

(2) L. 1, pr. *uti possidetis* : « ... *De cloacis hoc interdictum non dabo.* » (Voyez Appendice, n° 169.)

(3) L. 86, *de verb. sign.* « *Quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo?* » C'est-à-dire que les servitudes ne sont que des qualités du fonds, exactement comme la fertilité du sol, la salubrité de la situation, et autres qualités de ce genre qui n'ont rien de juridique. — La proposition est du reste tout à fait générale, et concerne donc aussi les servitudes de la première classe. Relativement à celles-ci seulement, nous trouvons quelque chose de semblable dans la L. 12, *quemadm. serv. amitt.*

possidetis; et voilà aussi pourquoi nous avons dû dire plus haut qu'en dehors de ces cas spéciaux, ces servitudes ne peuvent être protégées par des interdits (1). (Voyez Appendice, n° 170.)

---

§ 47.

QUASI POSSESSIO DU DROIT DE SUPERFICIE.

Le dernier cas de la *juris quasi possessio* concerne le droit de superficie (§ 23), le seul *jus in re,* autre que les servitudes, auquel puisse s'appliquer la *quasi possessio* (2).

Source spéciale pour le droit de superficie : *Dig., lib.* 43, *tit.* 18. (Voyez Appendice, n° 171.)

Les bâtiments ne sont considérés que comme partie du sol sur lequel ils reposent : leur propriété et leur possession sont inséparables de la propriété et de la possession de ce sol. La seule séparation dont elles soient susceptibles consiste en une espèce particulière de *jus in re* que le propriétaire concède à une

(1) Voyez p. 470.

(2) On pourrait vouloir encore appliquer la *quasi possessio* aux cas suivants, où elle se trouve cependant exclue et rendue superflue par une véritable *corporis possessio : A.* aux fonds provinciaux (§ 9) pour lesquels nous trouvons les interdits mentionnés d'une manière tout à fait vague dans FRONTINUS (*Gromat. vet. ed. Lachmann,* p. 36). Comp., sur ce passage obscur, TREKELL, *Kleine deutsche Aufsætze,* Leipzig, 1817, p. 39. *B.* au droit de gage (§ 24). *C.* à l'emphytéose (§ 12, *a,* § 22, *a,* § 24). Un interdit possessoire spécial semble, il est vrai, établi pour ce dernier cas, l'interdit *de loco publico fruendo* (*Dig.* XLIII, 9, L. 1, § 7, *ut in flum. publ.* L. 13, § 7, *de injur.*) ; mais il ne concernait pas du tout la possession ; la *conductio,* à elle seule, même sans possession aucune, suffisait pour pouvoir l'invoquer. Dans les cas où la possession s'y joignait, cet interdit concourait avec les interdits possessoires. (Voyez Appendice, n° 172.)

autre personne. Celui qui a ce *jus in re* n'est ni possesseur ni propriétaire de la maison, mais il a une *juris quasi possessio* et, grâce à celle-ci, des actions possessoires. Cette *juris quasi possessio* a la plus grande ressemblance avec la possession des servitudes personnelles, parce qu'elle dépend, comme celle-ci, de la possession naturelle de la chose même. Il n'y a aucune différence sous le rapport de l'acquisition et de la perte de cette possession ; et quant aux interdits, la différence n'a du moins pas d'importance pratique.

I. Le trouble violent apporté à cette possession ne donne pas, comme, par exemple, en fait d'usufruit, droit à l'interdit *uti possidetis*, mais à un interdit spécial (1) qui, toutefois, réunit toutes les qualités du premier (2). La différence est donc seulement nominale et voici probablement comment il faut l'expliquer. Le droit de superficie est une institution purement prétorienne ; c'est donc d'abord par un texte spécial de l'Édit qu'il a reçu une existence juridique. Si l'Édit en parle à propos des interdits, et non pas à propos des actions réelles, ce n'est sans doute que l'effet du hasard. (Voyez Appendice, n° 173.) Il en était tout autrement de l'usufruit : toutes les servitudes étant déjà basées sur le droit civil, il ne fallait plus ici qu'une application bien simple des interdits possessoires ordinaires.

II. Si la possession naturelle a réellement cessé par suite d'une *dejectio*, on applique l'interdit *de vi* comme pour la possession proprement dite (3).

III. Enfin, si le superficiaire a abandonné à titre précaire

(1) L. 1, pr. *de superfic.* L. 3, § 7, *uti possid.*

(2) L. 1, § 2, *de superfic.*

(3) L. 1, § 5, *de vi* : « *Proinde et si superficiaria insula fuerit, qua quis dejectus est, apparet interdicto fore locum.* »

l'exercice de son droit à quelque autre personne, et que celle-ci se refuse à le lui restituer, c'est l'interdit *de precario* que l'on invoquera, parce que cet interdit s'applique à tous les droits en général susceptibles de restitution (1), et que la superficie doit être comptée parmi les *jura* (*in re*), exactement comme les servitudes (2).

ADDITION DE LA SEPTIÈME ÉDITION AUX §§ 46 ET 47.

Qui peut invoquer les interdits pour protéger l'exercice des servitudes prédiales?

Le droit à la servitude est ici indifférent, sa seule possession suffit. Mais la servitude est un accessoire de la propriété du fonds; il en est de même pour la possession de la servitude.

Conséquences :

I. *Actio confessoria.*

1. Cette action à raison d'une servitude appartenant au fonds peut être intentée :

a) Comme action directe, par le propriétaire lui-même;

b) Comme action utile, par l'emphytéote, le créancier gagiste, le superficiaire, mais non par l'usufruitier, parce qu'elle est déjà renfermée dans son *actio confessoria de usufructu*.

2. A côté de cela, il y a une *actio confessoria utilis* relative aux quasi-servitudes que l'emphytéote ou le superficiaire peut avoir

(1) Voyez p. 470.

(2) Voyez p. 94. — (Addition de la 7e édition.) Pour les §§ 45 et 46, voy. PELLAT, *Droit de propriété*, p. 92.

acquises en faveur du fonds, ou aussi lui avoir imposées; cette action ne peut évidemment être intentée que par les acquéreurs de ces servitudes et par leurs ayants cause; et d'autre part elle ne peut être exercée à l'encontre du fonds en question, qu'aussi longtemps que subsistent les droits des constituants. L. 1, §§ 6, 9, *de superficiebus* (applicable aussi au quasi-usufruit qu'on aurait constitué sur ce fonds).

II. *Interdits possessoires.*

1. Pour protéger l'exercice d'une servitude proprement dite à laquelle on prétend droit, ces interdits peuvent être invoqués :

a) Avec le caractère d'action directe, par le propriétaire du fonds;

b) *Utiliter*, par l'emphytéote, le créancier gagiste, le superficiaire *et l'usufruitier*. L. 2, § 3, *si serv.* L. 3, § 5, 8, *de itinere*.

2. Pour les quasi-servitudes tant actives que passives, ces interdits appartiennent également à l'emphytéote. — L. 1, § 9, *de superf.* — N. B. la relation avec le § 6 montre qu'ils dépendent ici de l'existence d'une véritable *actio in rem*.

La *legitimatio ad causam* découle-t-elle donc ici de l'obligation incombant à tout demandeur au pétitoire de prouver l'existence de son droit?

Pour le cas prévu au n° 1, *a*, il n'en est certainement pas ainsi; la simple possession de la chose à laquelle revient la servitude est ici évidemment suffisante. En voici la preuve : En matière des servitudes dont l'exercice implique la possession du fonds dominant, il est certain que l'interdit *uti possidetis* reçoit son application; pourquoi les interdits *de itinere*, etc., etc., ne s'appliqueraient-ils pas aussi aux autres servitudes?

Quant aux nos 1, *b*, et 2, la question se rattache à une autre question complétement différente, celle de savoir quel est le fondement de l'interdit possessoire *de superficiebus* lui-même. D'après les termes clairs de l'Édit, cet interdit repose sur la *lex locationis*, c'est-à-dire sur une raison de nature pétitoire, sans toutefois qu'il faille prouver le *dominium auctoris*, de sorte que le caractère de l'action n'est pétitoire que partiellement ou relativement parlant. De cette manière s'expliquent au § 2 les mots : *neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat*, mots qui paraissent contraires au terme *ex lege locationis* qui se trouve au *pr.* de la loi.

L'interdit *de vi* compétant au superficiaire doit donc se régler d'après les mêmes principes.

Il en est donc aussi de même pour les interdits en matière de servitudes prédiales appartenant au fonds dominant, puisqu'ils ne sont également que des modifications, des dépendances de l'interdit principal.

La L. 1, § 9, *de superficiebus*, combinée avec le § 6 de la même loi, concorde avec ce que nous disons.

Cela s'appuie encore de cette circonstance que le contrat est le seul moyen de distinguer avec certitude l'emphytéote ou le superficiaire du simple locataire, qui, certes, ne peut pas invoquer les interdits.

Il en est autrement du créancier gagiste et de l'usufruitier dont, en tous cas, il ne peut être question que sous le n° 1, *b*. La possession de la chose principale suffit au premier ; la *quasi-possessio* du droit d'usufruit, au second.

N. B. Voy. dans ce sens un arrêt de la cour de révision (1) en

(1) De Berlin. (Note du traducteur.)

cause de Eisenmenger c. Schæfer, 1er mai 1837 (corapporteur Breuning).

La relation entre la *causa cognita* du *principium* et le § 3 de la même loi est encore obscure. Il se peut que ce soit quelque chose de particulier à l'*actio in rem,* de sorte que cela ne s'appliquerait pas à l'interdit. Mais alors où sera, en matière d'interdit, la différence entre la superficie et le bail ordinaire? Il est plus plausible d'admettre que ces mots concernent les deux cas, de sorte que *causa cognita* ne ferait que dire en d'autres termes ce que disaient déjà les mots *ex lege locationis* qui se trouvent au commencement. On pourrait aussi admettre que l'on était, sous ce rapport, moins rigoureux en fait d'interdits que lorsqu'il s'agissait d'une *actio.* (Voyez Appendice, n° 174.)

SECTION SIXIÈME.

MODIFICATIONS APPORTÉES AU DROIT ROMAIN.

§ 48.

Dans les cinq sections précédentes de cet ouvrage, nous avons exposé la théorie de la possession, en faisant complétement abstraction des modifications qu'on peut y avoir apportées dans la suite; cette manière de procéder nous était imposée, si nous ne voulions, en exposant à la fois les principes anciens et les changements plus récents, courir le danger de ne faire bien comprendre ni les uns ni les autres.

Maintenant que cette étude est terminée, nous pouvons nous demander quelles sont les modifications que le droit romain a subies dans les temps modernes. Il y a d'ailleurs une raison particulière de ne pas passer cette question sous silence. Parmi toutes les erreurs importantes qui ont cours sur la théorie romaine de la possession, il n'en est peut-être pas une qui n'ait en partie sa source dans le droit canon ou dans le droit germanique. (Voyez Appendice, n° 175.) En pratique, il ne suffit donc

pas de réfuter ces erreurs au seul point de vue du droit romain. On pourrait admettre cette réfutation, et prétendre néanmoins qu'elle n'a d'autre effet que d'écarter une déduction inexacte d'une idée juste d'ailleurs. Pour qu'une théorie juridique de la possession puisse prétendre à quelque valeur pratique, il faut donc qu'on examine et qu'on expose le rapport dans lequel elle se trouve avec les principes du droit moderne. C'est ce que les paragraphes suivants ont en vue de faire, sommairement au moins; car les exposer d'une manière complète, ce serait dépasser les limites de cet ouvrage, parce qu'il faudrait alors se placer à un tout autre point de vue historique.

Trois points différents doivent faire l'objet de cette étude : le premier concerne la notion même de la possession (§ 49); les deux autres ont trait à des actions possessoires : l'*actio spolii* (§ 50) et le *possessorium summarium* ou *summariissimum* (§ 51).

§ 49.

MODIFICATIONS DE LA NOTION DE LA POSSESSION.

Nous avons donc d'abord à nous occuper de la notion de la possession. En droit romain, la possession ne se référait qu'à la propriété et aux *jura in re* (p. 174 et 175); dans la suite, et en droit canon surtout, on a voulu l'étendre à tout droit en général.

Or, toute la théorie de la possession se basait sur la protection accordée au simple exercice d'un droit contre certains troubles déterminés, sans s'arrêter à la question de savoir si ce droit existait réellement ou non. Cette protection ne pouvait donc concerner que les droits qui admettaient la possibilité de ce genre de troubles, et ces droits ne pouvaient être que la propriété et les *jura in re*. Mais la constitution de l'Église chrétienne et

des divers États européens a donné naissance à certains droits qu'on rattachait intimement à la possession et à la jouissance du sol, droits que les Romains n'avaient pas connus, ou avaient été loin de considérer comme pouvant appartenir à des particuliers. C'est ainsi que l'exercice du pouvoir épiscopal dépend de la possession de l'église épiscopale et des biens qui y appartiennent. C'est d'une manière analogue que le pouvoir suprême ou certaines branches de ce pouvoir se rapportent à la souveraineté territoriale du prince ou aux juridictions seigneuriales. Il en est enfin de même des charges foncières établies par le droit germanique, telles que rentes foncières, dîmes et corvées. Tous ces droits admettent, comme en matière de propriété, une protection de leur simple exercice, et la possession admise à leur égard pourrait être ramenée, dans les cas les plus fréquents et les plus importants, à la possession du sol même, c'est-à-dire à l'exercice du droit de propriété foncière. Souvent cela est de toute évidence. Si, par exemple, un évêque est violemment expulsé de son évêché par un adversaire, le trouble apporté à la possession du sol coïncide nécessairement avec celui qui entrave l'exercice des droits épiscopaux, et cette coïncidence s'étend nécessairement aussi à la protection accordée contre ce trouble. Même dans les cas où la violence n'atteint que l'exercice d'une partie de ces droits, par exemple, de quelque branche de la juridiction, on trouvera, non pas à l'égard de la possession du sol, mais à l'égard de quelque chose d'analogue, un rapport qui rappelle la *juris quasi possessio* du droit romain. Ces droits en effet sont, comme les servitudes, susceptibles d'être troublés par des actes de violence, et il était dès lors logique d'en protéger le simple exercice, comme le droit romain l'avait fait pour les servitudes.

La relation que nous signalons ici entre ces droits et la possession n'est pas purement théorique; elle a été depuis longtemps admise en pratique. En droit canon, il est très-souvent question de la possession des droits diocésains et d'autres droits ecclésiastiques, ainsi que des dîmes qui en font partie, et de même personne n'a jamais douté que la juridiction ou d'autres droits publics doivent être, à l'égal du droit de propriété, protégés contre la violence, quoique dans l'ancienne Rome on n'ait jamais pu songer à une possession quelconque de droits semblables. Cette manière de voir se trouve confirmée par une restriction bien remarquable que le droit canon apporte à ce nouveau genre de possession. Si des ecclésiastiques possèdent des dîmes dans une paroisse étrangère et que le titulaire de cette paroisse leur en enlève la possession, ils ne pourront invoquer d'action possessoire, mais ils devront prouver l'existence du droit lui-même, parce que le *jus commune*, c'est-à-dire la constitution de l'Église, est contraire à leur prétention (1).

Dans quel rapport maintenant ce genre de possession se trouve-t-il avec le droit romain? Celui-ci ne peut y être appliqué directement, car les droits en question lui étaient étrangers : néanmoins l'extension du droit romain à ces cas repose évidemment sur un développement parfaitement naturel et logique de ses principes. La notion de la possession ne subit donc par là aucune modification; elle est seulement mise en rapport avec des objets auxquels les Romains eux-mêmes l'auraient probablement appliquée s'ils les avaient connus (2).

(1) C. 2, *de restit. spoliat. in* VI. « ... *Cum... sit... manifestum* (*nisi aliud ostendatur*) *eas de* JURE COMMUNI *ad eamdem ecclesiam pertinere.* »

(2) Il est fort remarquable que les glossateurs déjà semblent avoir partagé tout à fait cette opinion. ROFFREDI *tract. jud. ord.*, p. 81-83; p. 89, 90.

Mais indépendamment de ces cas où l'on ne saurait méconnaître une extension du droit romain parfaitement conforme à son esprit, il est deux autres classes de droits pour lesquels on veut que la possession soit également admise : ce sont les droits qui se rapportent à l'état des personnes et les obligations. En examinant cette opinion, nous réfuterons suffisamment cette notion vague de la possession que l'on voudrait mettre à la place de la notion si précise qu'en donne le droit romain.

On prétend, en premier lieu, admettre une possession en matière de droits de famille, et pour le mariage, le cas le plus important de tous, cette manière de voir semble même s'appuyer sur des textes formels du droit canon (1). La comparaison avec un cas de possession proprement dite rendra la question parfaitement claire. Si le droit de propriété d'un immeuble faisait l'objet d'une contestation, il est clair que la question pourrait être décidée quand même le droit positif ne parlerait nulle part de la simple possession; mais dans ce cas aussi il pourrait arriver, et même être nécessaire que le juge réglât préalablement et séparément la question de possession; seulement cette mesure provisoire serait fort différente d'une protection légale accordée à la possession comme à un droit en elle-même. Supposons, pour rendre cette différence plus sensible, qu'aucun des deux adversaires ne soit réellement propriétaire, mais qu'à une certaine époque l'un d'eux ait été violemment dépossédé par l'autre; dans ce cas, la mesure provisoire dont nous parlons n'aurait rien à changer, puisque la possession appartiendrait actuellement et décidément à l'une des parties; l'*obligatio*, au contraire, seule base du droit de la possession, exige la restitu-

(1) C. 8, 10, 13, X. *de restit. spoliat.*

tion de la possession enlevée antérieurement par un acte de violence. — Revenons maintenant aux droits de famille dont le juge aurait à protéger la possession. Cette protection ne serait évidemment qu'une mesure provisoire à l'égard de la question de possession, mesure qui se rattacherait intimement à la décision finale du procès. Lorsque, par exemple, on ne conteste pas la régularité des formes extérieures du mariage, mais qu'on invoque d'autres causes de nullité, ces causes doivent être examinées; mais provisoirement, dit le droit canon, les rapports conjugaux subsisteront, à moins que par des motifs particuliers leur continuation ne soit condamnable en elle-même (1). Dans tout cela il n'est donc absolument pas question d'un droit de simple possession, c'est-à-dire d'un *jus obligationis* qui aurait pour but d'assurer l'exercice d'un autre droit, sans se préoccuper de l'existence de ce dernier. (Voyez Appendice, n° 176.)

Tout ce que nous venons de dire sur une prétendue possession en matière de droits de famille s'applique, à bien plus forte raison, à la possession en matière d'obligations. Dans la plupart de ces cas, on ne saurait même concevoir de possession, et c'est tout à fait par hasard qu'il a pu en être question dans le seul cas que voici : On prétend que celui qui a touché les intérêts d'un capital a acquis par là la possession du droit au capital et aux intérêts à échoir ultérieurement. Il n'est pas nécessaire de s'arrêter à prouver qu'il n'y a pas là de véritable possession, pas plus qu'en matière de droits de famille, et même la mesure provisoire qui devait régler la question de possession, s'il s'agissait de droits de famille, n'est ici ni nécessaire, ni positivement prescrite, quoiqu'on ait souvent soutenu le contraire, en invo-

(1) C. 10, 13, X. *de restit. spoliat.*

quant des textes du droit romain lui-même, textes qui disent toute autre chose plutôt que ce qu'on veut leur faire dire. (Voyez Appendice, n° 177.)

Jusqu'ici nous avons vu que la notion romaine de la possession a été, non pas modifiée, mais développée d'une manière parfaitement logique et étendue à de nouveaux objets. Il nous reste à examiner les modifications qu'ont subies les actions possessoires, c'est-à-dire les formes employées pour garantir l'exercice de la possession.

§ 50.

DE L'*ACTIO SPOLII*.

Auteurs à consulter :

C. ZIEGLER, *ad can. redintegranda* (en dernier lieu avec des notes dans WOLTÆR, *observ. ad jus civ. et Brand., fasc.* 2, *Hal.* 1779, 8, *Obs.* 35).

J.-H. BOEHMER, *in I. Eccl. Prot. lib.* 2, *tit.* 13. *Ejus notæ in c.* 3, C. 3, q. 1, etc., etc. (*ed. corp. jur. can. Hal.* 1774).

FLECK, *de interdictis unde vi et remedio spolii*, p. 83-136. (Voyez Appendice, n° 178.)

Parmi les fausses décrétales du prétendu Isidore, qui eurent pour effet d'ébranler l'autorité des archevêques et des synodes provinciaux (1), il en est toute une série (2) dont l'objet est de déclarer « qu'un évêque expulsé de son siége, ou dépouillé de « ses biens personnels, ne pourra être traduit devant le synode, « pour quelque faute que ce soit, tant qu'il n'aura pas été remis « en possession des biens qui lui ont été enlevés. » Certes le

(1) SPITTLER, *Gesch. des kanonischen Rechts*, Halle, 1778, 8°, p. 261, 272.

(2) C. 3. 4. 5. 6. C. 2. q. 2. *c.* 1. 2. 3. 4. C. 3. q. 1.

prétendu Isidore, qui attribua aux papes ces fausses décrétales, ne se sera jamais imaginé qu'un de ses textes aurait un jour pour effet de servir de base à un système tout nouveau d'actions possessoires, et même à une nouvelle théorie de la possession elle-même. Voici le passage auquel revient cet honneur tout à fait inattendu (1) :

« *Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis*
« *præsentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco, unde abs-*
« *cesserant, funditus revocanda quacunque conditione temporis*
« *aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum* (2), *aut per*

(1) C. 3. C. 3. q. 1. Ce texte se trouve aux endroits suivants dans la collection du faux Isidore : 1. Dans une décrétale du pape Jean. 2. Dans une décrétale d'Eusèbe. 3. Dans le cinquième synode de Symmachus, de l'année 504. BALLERINUS prouve en détail que ce synode est tout aussi peu authentique que les deux décrétales citées (P. III, Cap. VI, § II, *Num.* VII, p. 532, *ed. Mogunt.* 1790, 4, comp. *ibid.*, p. 551-553). C'est donc une erreur de soutenir, comme on l'a fait récemment, que ce passage est pourtant authentique quant à son contenu, puisqu'il se rencontre réellement dans ce synode ; car le synode entier est inventé comme les décrétales. Du reste, ce passage correspond textuellement en partie à celui que nous trouvons dans les actes d'un procès qui eut lieu à Aix-la-Chapelle en 838, et qui paraît être résulté lui-même de l'interprétation du bréviaire. Comp. mon *Histoire du droit romain au moyen âge*, vol. 2, § 41. (Note ajoutée dans la 5e édition d'après une communication de BIENER.) — Cela ne veut pas dire cependant que ces passages soient faux même quant à leur contenu ; au contraire, ils se basaient réellement sur le droit canon antérieur ; il n'y a de mensonger que la rédaction et le développement des règles anciennes. CAR. BLASCUS *de collect. Isidori cap.* 8, § 5, dans GALLAND, t. 2, p. 59. (Note de la 6e éd. : communication de BIENER.)

(2) BOEHMER trouve, à juste titre, cette leçon d'un ancien manuscrit de Berlin beaucoup plus vraisemblable que la leçon ordinaire : *violentia majorum, violentia majore, virtute majorum*. La leçon correcte se trouve aussi dans un très-beau manuscrit du Décret dans la bibliothèque de l'université de Marburg. — Il est vrai cependant qu'on trouve *virtute majorum* dans les sources du décret de Gratien : *virtus* employé, comme on le faisait au moyen âge, dans le sens de violence. (Note de la 6e éd.)

« *quascunque injustas causas, res ecclesiæ, vel proprias, id est* « *substantias* (1) *suas perdidisse noscuntur* (2) ANTE ACCUSATIONEM « AUT REGULAREM AD SYNODUM VOCATIONEM EORUM, » *et rel.*

Si l'opinion d'un grand nombre de praticiens est fondée, ce passage aurait rendu complétement superflues toutes les dispositions du droit romain sur la possession. Voici en effet ce que ces auteurs prétendent y trouver :

1. L'action est donnée, peu importe que le demandeur soit possesseur juridique ou non.

2. Elle s'applique aux meubles aussi. — (Dans notre § 40, nous avons traité cette question au point de vue du droit romain.)

3. Elle concerne aussi les choses incorporelles, ce qui veut dire qu'elle garantit l'exercice de tous les droits en général. (Voy. notre § 49.)

4. Elle n'exige pas que la possession ait été troublée par un acte de violence, mais s'applique également partout où la possession a été perdue sans cause légitime.

5. Elle peut s'intenter aussi contre tout tiers possesseur.

6. Sa durée n'est pas limitée à une année. — (Voyez sur ce point notre § 40.)

(1) Telle est la leçon des quatre manuscrits employés par BOEHMER. Le manuscrit de Marburg porte « *i. suas substantias.* » — D'autres lisent « *aut substantias.* »

(2) Les mots suivants, jusqu'à la fin, manquent dans les manuscrits et les vieilles éditions du décret ; et les correcteurs observent à ce sujet : *Hæc addita sunt ex originali,* etc., c'est-à-dire d'après les sources du décret de Gratien. L'*additio* qu'il fait lui-même à la fin de la *quæstio* prouve qu'en omettant ces mots il n'avait pas en vue de changer le sens du passage, puisqu'il le résume de la manière suivante : « *Patet ergo quod exspoliati prius sunt præsentialiter restituendi,* ANTEQUAM AD CAUSAM SINT VOCANDI. » (Note de la 6e éd.)

Parmi ces assertions, nous devons surtout remarquer la première, la quatrième et la cinquième. Si le passage les contenait réellement, la circonstance qu'il n'est ici question que d'évêques aurait peu d'importance en elle-même, car les évêques pourraient n'être cités qu'à titre d'exemple, et nous pourrions, par voie d'analogie, appliquer à d'autres cas ce que l'auteur, et d'après lui Gratien, dit des évêques seulement.

Mais de tout temps les jurisconsultes sérieux ne se sont guère laissé séduire par ces propositions ; ils ont, au contraire, unanimement soutenu que ce passage n'institue nullement une action nouvelle, mais que l'auteur n'a eu en vue que le droit romain, c'est-à-dire l'interdit *de vi*. Quelques-uns d'entre eux sont tout au plus enclins à admettre que ce texte a apporté de légères modifications à l'ancien interdit.

Selon moi, toutes ces assertions peuvent être réfutées d'une manière bien plus victorieuse. Le passage en question ne dit pas un mot d'*un droit* qu'aurait l'évêque dépossédé *à être remis en possession;* il dit seulement qu'il *ne pourra être accusé* tant qu'il n'aura pas été réintégré. Il ne dit pas : « *Redintegranda sunt omnia episcopis,* » mais : « *Redintegranda sunt omnia episcopis...* ANTE ACCUSATIONEM AUT REGULAREM AD SYNODUM VOCATIONEM EORUM. » Personne n'aurait certes jamais songé à trouver dans ce passage une action possessoire nouvelle, s'il avait été conçu de la manière suivante : *Nullus episcopus exspoliatus debet accusari priusquam integerrime restauretur*(1). » Or, si la rédaction n'est pas la même, ce n'est évidemment que l'effet du hasard. Le texte ne parle donc pas d'une action, mais d'une exception à opposer à l'accusation devant le synode; nous en tirons deux

(1) C. 3. C. 2. q. 2.

conséquences : la première, c'est que cette disposition, qui n'est faite que pour les évêques, ne peut être généralisée et appliquée à d'autres personnes. Une action possessoire pourrait, il est vrai, être étendue, par voie d'analogie, d'un évêque à toute autre personne, mais l'exception dont il est question ici ne se conçoit qu'à raison des rapports spéciaux entre l'évêque et le synode. — Notre deuxième conséquence, c'est que ce passage n'a certes pas créé d'action nouvelle, mais a tout au plus supposé l'existence d'une action. C'est donc à cette supposition que doit se ramener tout ce qu'on prétend y trouver de relatif aux actions possessoires.

Or, on a prétendu y trouver notamment trois dispositions nouvelles concernant ces actions : le droit d'agir 1° sans possession juridique, 2° sans qu'il y ait trouble par acte de violence, et 3° contre tout tiers possesseur. La première de ces prétendues innovations est la moins fondée de toutes. Les deux autres semblent avoir quelque apparence de fondement; la seconde, parce que les mots « *aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum, aut per quascunque injustas causas* » ont pour effet d'empêcher qu'on ne restreigne la prescription au seul cas de dépossession par violence; la troisième, parce que l'expression indéterminée « *redintegranda sunt* » ne distingue en aucune manière entre les diverses personnes qui pourraient être actuellement en possession. Il est donc probable que l'auteur de ce texte, et de même Gratien, ont supposé que l'action pouvait s'intenter même en dehors de ces deux conditions. Mais était-ce une action fondée sur la seule possession? Voilà ce dont il n'y a pas de trace dans tout le passage. L'évêque, dépossédé de son diocèse par une « *injusta causa,* » y est désigné comme étant réellement évêque; les biens qu'on lui a enlevés, également par une *injusta causa,*

sont désignés comme lui appartenant effectivement; son droit d'agir au pétitoire ne fait donc l'objet d'aucun doute, quoiqu'il ne puisse peut-être pas être question d'une action possessoire.

En résumé, ce passage n'accorde pas un nouveau droit d'action, mais présuppose seulement une action existante. Cette action sera, dans la plupart des cas (1), un interdit romain, dans les autres (2) une action en revendication. Elle se déduit donc parfaitement du droit romain, et même cette supposition n'oblige nullement d'admettre une action possessoire nouvelle.

Or, si ce passage ne renferme pas une théorie nouvelle en matière de possession, si son auteur et Gratien étaient bien loin de songer à vouloir fonder une semblable théorie, comment se fait-il qu'on en soit venu à une interprétation qui n'est pas le produit de l'imagination d'un jurisconsulte isolé, mais qui a été adoptée par tous les praticiens? Nous ne pouvons à ce sujet qu'émettre une supposition, mais elle est bien plausible. La connaissance de la théorie romaine sur la possession était peu complète; dans beaucoup de cas où la possession était perdue, on croyait donc ne pas avoir d'action possessoire, tandis qu'une connaissance plus complète du droit romain l'eût facilement fait découvrir. On trouva donc commode d'imaginer un nouveau moyen de droit qui par son caractère vague et général était de nature à dispenser de l'étude pénible de l'ancien droit. Faut-il dès lors s'étonner que les praticiens aient adopté cette innovation avec empressement, et que, loin de douter de son authenticité, ils se soient au contraire efforcés de la perfectionner de

(1) « EXSPOLIATIS *vel* EJECTIS *episcopis*... CAPTIVITATE... *aut* VIOLENTIA. » Il est important de remarquer qu'à la fin de la *quæstio*, là où Gratien résume tout le passage, il ne parle que de ce cas seulement.

(2) « *Aut* PER QUASCUNQUE INJUSTAS CAUSAS. »

plus en plus? — Mais il fallait l'appui d'une autorité, et ce fut parfaitement imaginé de chercher cette autorité dans la collection des fausses décrétales : l'interprétation la plus arbitraire n'avait pas à reculer devant un texte arbitrairement inventé lui-même!

Indépendamment de ces innovations très-graves que le droit canon ne renferme pas, il en est deux moins importantes qu'il sanctionne réellement et qui toutes deux concernent la possession perdue par violence (1).

La première de ces innovations se rapporte à l'action elle-même. Le droit romain ne donnait pas d'action contre un tiers possesseur, alors même que ce tiers avait reçu la chose de l'auteur de la violence et tout en ayant connaissance de l'origine vicieuse de sa possession (2). Innocent III comprit que la conscience de ce tiers n'était guère moins en danger que celle de l'auteur même de la violence, c'est pourquui il permit d'agir contre lui aussi (3). Voilà donc une véritable extension, peu importante à la vérité, donnée à l'interdit *de vi*.

(1) Une troisième disposition qui se trouverait dans C. 9. X. *de probat.* ne pourra être expliquée qu'au paragraphe suivant.

(2) L. 3, § 10, *uti possidetis* (p. 416). Dans une note sur C. 18. X. *de rest. spol.* BOEHMER laisse voir qu'il est plus au courant du droit canon que du droit civil : il pense que les décrétales ne renferment aucune innovation.

(3) C. 18. X. *de restit. spoliat.* — ZIEGLER (*l. c.*, p. 246) a fait la remarque parfaitement exacte que puisqu'il y a ici une innovation, il est impossible d'admettre qu'auparavant déjà, d'après c. 3, C. 3, q. 1, l'action aurait pu s'intenter contre tout tiers possesseur. La réfutation que fait WOLTÆR (p. 250) de cet argument est plus savante que convaincante ; de plus, elle ne concerne pas tant le canon lui-même, qu'une interprétation usuelle, admise depuis longtemps déjà. — D'après WOLTÆR, le C. 18 X. *de rest. spol.* aurait en vue *tout* tiers possesseur, puisque celui qui n'apprend le *spolium* que par le procès n'en est pas moins *scienter detinens*. Toutefois il est dit expressément : « *si quis... scienter rem talem receperit.* »

La seconde innovation concerne l'*exceptio spolii*. Cette exception, qui en principe n'avait trait qu'à l'accusation portée contre un évêque, semble avoir été étendue par l'usage à tous les cas en général, jusqu'à ce qu'elle fût enfin sanctionnée par la loi (1). Toute personne dépouillée par violence aura cette exception afin de pouvoir repousser toutes les actions civiles que le *spoliator* pourrait lui intenter tant qu'elle n'aura pas été réintégrée. Cette exception toutefois n'est pas admise si dans l'action il s'agit d'un droit ou d'une chose appartenant à une église, et si dans l'exception il est question du droit d'une personne privée, ou réciproquement. L'exception peut s'opposer à une action pénale, alors même que l'accusation serait produite non pas par le *spoliator*, mais par un tiers : seulement il faut que dans ce cas le *spolium* excède la valeur de la moitié de la fortune entière de l'accusé. L'accusateur peut de plus exiger que l'on fixe au défendeur un délai endéans lequel l'interdit devra être invoqué ; ce terme passé, l'exception se trouvera sans force (2). Dans les actions civiles, comme dans les actions pénales, le *spolium* sur lequel se fonde l'exception doit se prouver au plus tard endéans les quinze jours.

En principe, l'*exceptio spolii* ne concerne donc que la procédure : mais comment se rattache-t-elle à l'interdit *de vi*, lorsque c'est cette action qu'intente l'adversaire? De deux choses l'une : ou bien l'action et l'exception ont deux objets différents, ou bien

(1) C. 1, *de restit. spol. in* 6.

(2) Il va sans dire que cette exception ne peut s'opposer aux actions pénales que dans la procédure accusatoire, dans le sens rigoureux de ce mot ; c'est assez dire qu'elle est ici presque sans application pratique. (Note du traducteur.) La procédure accusatoire est cette ancienne forme de la procédure criminelle dans laquelle tout citoyen quelconque produisait et soutenait l'accusation.

elles ont le même objet. Dans le premier cas, l'interdit, comme toutes les autres actions, sera provisoirement suspendu par cette exception dilatoire; mais le défendeur peut de son côté intenter son interdit à lui, comme action reconventionnelle, et les deux contestations seront alors examinées et vidées en même temps (1). Dans le second cas, si le demandeur, qui veut récupérer la possession perdue, a lui-même auparavant dépossédé le défendeur, l'exception ne saurait se concevoir comme exception dilatoire, caractère qu'elle doit toujours avoir en droit canon; comme exception péremptoire, elle est nulle en droit romain (2), et cette nullité doit donc encore être maintenue aujourd'hui.

ADDITION DE LA SIXIÈME ÉDITION.

Jusqu'ici nous avons démontré combien peu l'*actio spolii* est fondée sur des textes. Cependant on ne peut nier que, depuis des siècles, elle ne soit généralement reçue en pratique; il ne s'agit donc plus que de préciser en théorie la nature et les limites de cette valeur pratique, afin que tout, dans cette matière, ne soit pas abandonné à l'arbitraire.

Or, nous avons vu plus haut que le moyen âge nous a transmis plusieurs institutions importantes en faveur desquelles le droit romain, s'il en avait eu connaissance, aurait sans doute déjà admis une protection légale de la possession (3). Indépendamment de beaucoup de droits publics et ecclésiastiques, il faut ranger dans cette catégorie les nombreuses charges foncières du

(1) C. 2. 4. X. *de ord. cognit.*
(2) Voyez p. 433 et 434.
(3) Voyez § 49.

droit germanique. Ici l'application de cette action nouvelle, sanctionnée par la pratique, ne fait aucune difficulté; c'est même la véritable forme sous laquelle toute cette extension importante de la théorie de la possession a dû se manifester (1).

Je crois encore l'*actio spolii* applicable à certaines relations juridiques connues des Romains, mais qui, parce qu'elles se présentaient plus rarement, n'avaient pas donné lieu à des actions possessoires. J'entends par là ces servitudes prédiales auxquelles l'interdit *uti possidetis* ne pouvait s'appliquer, et pour lesquelles il n'y avait pas non plus d'interdits spéciaux. Si l'on admet cette opinion, l'*actio spolii* pourra être considérée comme complétant, sous ce rapport, la théorie romaine d'une manière tout à fait conforme à son esprit; alors se trouve aussi pratiquement résolue la controverse sur le point de savoir si les interdits romains peuvent s'appliquer à ces servitudes (2).

Mais on ne doit pas, à mon avis, aller plus loin dans l'application de l'*actio spolii*. Notamment il ne faut pas vouloir l'étendre à ces relations dont la nature rend superflue et même impossible toute application saine et logique des principes sur la protection de la possession; j'entends parler des relations de famille et des

(1) (Add. de la 7e éd.) EICHHORN, § 166 de la 4e édition dit : « *actio spolii* ET interdit *uti possidetis*. » — ROSSHIRT, *Archiv*, VIII, p. 63, dit : « Il y a *possessio juris* et par conséquent on pourra invoquer l'interdit *uti possidetis*. » (Note manuscrite de l'auteur.)

(2) Voyez notre § 46. On pourrait objecter que pour d'autres servitudes prédiales le droit romain n'admet que l'interdit *uti possidetis*, ou des équivalents, tandis que l'*actio spolii* est une action *recuperandæ possessionis*, c'est-à-dire une extension de l'interdit *de vi*. Mais pour ce genre de droits on ne peut toujours distinguer le simple trouble de possession d'une dépossession complète aussi nettement qu'en matière de propriété ou de servitudes personnelles; de sorte qu'ici, pour les interdits aussi, il n'est ni possible ni nécessaire de les distinguer d'une manière aussi tranchée. (Voyez Appendice, n° 179.)

obligations personnelles (§ 49). — De plus, je considère l'*actio spolii* comme également inapplicable à toute la sphère d'action des interdits possessoires du droit romain. Elle n'aurait ici aucune raison d'être, et si l'on voulait néanmoins l'admettre concurremment avec les interdits, il en résulterait inévitablement une confusion sans limite et sans issue. Je ne dis rien des exigences de la science, qui seraient singulièrement méconnues par ce procédé illogique. Sans doute ces exigences doivent se subordonner aux besoins de la vie réelle ; mais l'intérêt pratique lui-même ne pourrait que souffrir d'un système qui, rendant impossible tout principe certain, ne mènerait en dernière analyse qu'à des décisions facultatives et arbitraires, fondées sur les principes tantôt de tel système de droit, tantôt de tel autre. Un pareil état de choses ne serait, tout au plus, avantageux qu'à la paresse et à l'ignorance de certains juges, et à l'intérêt de ces mandataires qui ont plus à cœur la durée des procès que le bien-être de leurs clients. — Que l'on essaye seulement d'appliquer, avec logique et conséquence, l'*actio spolii* dans cette extension indéfinie dont nous parlons et que plusieurs auteurs veulent lui attribuer, et on se trouvera bientôt en présence de cas où les adhérents mêmes de ce système reculeront devant son application. Ils devront donc bien se réserver en secret la faculté de s'écarter à l'occasion de leur théorie, ce qui prouve à l'évidence qu'elle ne peut mener qu'à un aveugle arbitraire. S'il en est ainsi, il faudra notamment que l'*actio spolii* aussi soit refusée au locataire et au commodataire, auxquels le droit romain refuse les interdits.

Là où l'*actio spolii* doit réellement être admise, se présente maintenant la question de savoir quels principes doivent la régir. La loi positive ne se prononce pas directement sur ce point.

et la pratique ne nous offre guère de règles précises et uniformes, quoique les auteurs ne se fassent pas faute de l'invoquer à l'appui de leurs opinions, quelque opposées que celles-ci soient d'ailleurs l'une à l'autre. Je pense qu'ici encore l'analogie du droit romain pourra seule nous donner une base certaine, et que cette action nouvelle devra, dans ses diverses parties, être considérée comme un développement logique des principes de ce droit, tout en ayant égard aux particularités des divers cas auxquels on l'applique, et aux exigences pratiques qui peuvent en résulter.

Quelques auteurs ont souvent aimé à parler longuement des tendances de l'école historique. Ils lui reprochent de vouloir, toujours et quand même, enchaîner le droit aux formes romaines, et de méconnaître ainsi les produits spontanés de la pratique et les exigences de la science moderne. Ma manière d'envisager l'*actio spolii* n'échappera sans doute pas à ce blâme stéréotype. Voilà pourquoi je me félicite de voir mon opinion adoptée aussi par Muhlenbruch, que plusieurs, je ne sais trop pourquoi, rangent parmi les adversaires de l'école historique. Lui aussi considère l'interdit *de vi*, tel que nous l'offre le droit romain, comme la seule action possessoire moderne lorsqu'il s'agit de récupérer la possession perdue; pour lui aussi, l'*actio spolii* n'est que l'extension de cet interdit appliqué au tiers possesseur de mauvaise foi (1). — Dans la seconde moitié du XVIII^e^ siècle, parut à Rome, revêtu de l'*imprimatur* de toutes les autorités, un ouvrage détaillé sur l'*actio spolii* (2). On serait certes en droit d'attendre d'un Romain moderne tout le respect désirable pour le droit canon, et pour la pratique à laquelle il a servi de point de

(1) MUHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, §§ 244, 134.

(2) FRANC. MAZZEI *de legitimo actionis spolii usu commentarius. Romæ*, 1773, 4°.

départ. Mais non : dans son troisième chapitre, l'auteur traite avec le plus souverain mépris tout le canon *Redintegranda* (voyez Appendice, n° 180), et quant à l'*actio spolii*, dont il parle ensuite, elle n'est pour lui autre chose que l'interdit romain *de vi*, fondé partout sur des passages extraits des Pandectes, et complété seulement, sous un petit nombre de rapports, par des passages du droit canon. C'est ainsi qu'il soutient aussi de la façon la plus positive qu'il faut aujourd'hui encore refuser l'*actio spolii* au locataire et au fermier, et il le prouve en argumentant de la L. 1, §§ 10, 22. L. 20, *de vi* (1). Cet auteur était-il peut-être un précurseur inspiré de l'école historique allemande? (Voyez Appendice, n° 181.)

§ 51.

POSSESSORIUM SUMMARIISSIMUM.

Depuis le XIII^e^ siècle, nous voyons naître en Italie, en Espagne, en France et en Allemagne, une action possessoire toute nouvelle qu'on appelle *possessorium summarium* ou *summariissimum* (2) pour la distinguer des actions possessoires du droit romain. La glose ne connaît pas encore cette action, mais dans Durantis et dans Johannes Andreæ, nous la trouvons déjà en substance, quoique encore sans nom spécial (3). D'après la

(1) Ch. 5, §§ 4, 5.

(2) Chez les auteurs les plus anciens, le nom varie beaucoup ; en Italie on l'appelait *Mandatum de manutenendo*, en Espagne *Inicio de Interim*, en France *Recredentia* (probablement *récréance*), et ainsi de suite.

(3) DURANTIS, lib. 4, part. 1, tit. *de libell. concept.*, § 9, n° 22, cité d'abord dans HOLLWEG, *Grundriss*, § 213. Dans une contestation sur la possession d'un bois, les parties étaient tellement acharnées qu'aucune des deux ne voulait intenter l'action comme demanderesse et que les violences à main armée étaient à craindre ; le juge commença par inter-

manière dont les anciens auteurs nous parlent de son application, voici comment il faut s'expliquer l'origine de cette action nouvelle (1). A mesure que l'habitude de se faire justice soi-même s'étendait davantage, et que la procédure aurait par conséquent dû devenir plus prompte, elle était au contraire devenue plus compliquée et plus longue. Une contestation sur la seule possession, qui dans l'ancienne Rome n'aurait peut-être duré que quelques jours, pouvait maintenant durer des années, et les parties s'habituaient à user de violence pour obtenir provisoirement ce qu'elles espéraient obtenir plus tard définitivement par la sentence du juge. Cette manière d'agir était sans doute aussi à craindre en matière de revendication, ou d'une action née d'un

dire à toutes deux l'accès du bois, les somma de produire leurs preuves, et adjugea ensuite la possession à l'une d'elles; les avocats étaient Jacobus Balduini et Bagarottus. La même chose se retrouve d'une manière plus concise au livre 2, P. 1, tit. *de petit. et poss.*, § 1, n° 38. L'essentiel ici est donc une procédure et une décision sans exploit libellé; c'est plus qu'une simple défense de recourir aux armes; et sous ce rapport on peut dire que nous trouvons là le premier germe de cette procédure nouvelle. C'est ce que méconnaît BAYER, *Summ. Process.*, p. 177. (Note de la 6e éd.)

(1) On conçoit facilement qu'on ait tenté tous les moyens pour rattacher cette procédure au droit romain. BUDÆUS (*in* L. 2, *de O. J.*, *annot. in Pand.*, p. 90, 91, *ed. Lugd.*, 1546, 8°) et beaucoup d'autres après lui soutiennent que la forme des *manus consertæ* était absolument la même chose; mais cette forme n'était que la préparation au procès en revendication, et ne servait jamais, comme le pense BUDÆUS, à commencer un procès sur la question de simple possession (§ 34). Pour être dans le vrai, il aurait dû dire : les *manus consertæ* étaient à la revendication ce que le *summariissimum* est à l'*ordinarium*, c'est-à-dire à l'interdit *uti possidetis*.—D'autres croient trouver le *summariissimum* dans la L. 1, § 3, *uti possidetis* (RETES ap. MEERM., VII, p. 307) ou dans la L. 13, § 3, *de usufr.* (J. GRAV. *de jud. poss. summ.* Tubinge, 1672, §§ 6-8); d'autres encore dans Cicéron, *pro Cœcina*, ch. 12 : « *Nondum de Cœcina causa* (*sc.* PRINCIPALI) *disputo, nondum de jure possessionis* (*sc.* ORDINARIO) *nostræ loquor.* » (PELLER *de summariss. poss. Altorph.*, 1665, § 13).

contrat, mais dans ces cas il ne fallait pas de mesures spéciales et nouvelles pour parer au danger; la question de possession n'était pas douteuse : or, c'était précisément le doute sur cette question qui pouvait donner lieu à des actes de violence, parce qu'on se prévalait toujours du prétexte de légitime défense. Il en était de même de l'interdit *de vi*. Ici, de l'aveu même du demandeur, la question de possession ne présentait aucun doute, puisque c'était seulement sur une *obligatio* qu'il fondait sa demande en restitution. Pour l'interdit *uti possidetis*, il en était tout autrement; comme c'est précisément la possession actuelle qui est ici presque toujours contestée, l'objet même du procès pouvait devenir l'occasion d'actes de violence; il fallait donc une mesure particulière pour les empêcher, provisoirement du moins, c'est-à-dire jusqu'à la décision de la question elle-même. Tel était le but du *summariissimum* dont il nous sera facile maintenant de préciser la nature. Il se rapporte uniquement à un interdit *uti possidetis* sur lequel il n'a pas encore été statué, et le besoin ne s'en fait sentir que lorsque le danger immédiat d'actes de violence requiert une intervention provisoire du juge (1). C'est alors un véritable interdit *uti possidetis* provisoire; c'est-à-dire que l'objet de la décision judiciaire est exactement le même que dans cet interdit, avec cette seule différence que la nécessité absolue d'une décision immédiate l'emporte sur toute autre considération, même sur celle d'une conviction parfaite et d'une connaissance complète des faits. — La première condition de l'interdit *uti possidetis* était la possession juridique actuelle, et

(1) Il va sans dire qu'indépendamment de cette procédure, le juge peut aussi prendre d'autres mesures plus promptes encore pour s'opposer à l'emploi de la violence, par exemple la mise sous séquestre, les sanctions pénales, etc. (Note de la 6e éd.)

c'est une erreur de dire, avec plusieurs auteurs, que la simple détention, sans possession proprement dite, suffisait pour le *summariissimum*. Il est vrai qu'ici le simple détenteur pourra plus facilement que dans l'interdit *uti possidetis* abuser le juge et faire passer sa détention pour une véritable possession; mais la possession juridique n'en forme pas moins l'objet de la contestation et de la décision judiciaire, et il n'existe aucune raison d'admettre ici d'autres règles que lorsqu'il s'agit de l'interdit *uti possidetis* lui-même. Toute manière de fixer provisoirement la possession réalise le but du *summariissimum*, c'est-à-dire empêche les actes de violence; en dehors de ce but, on ne saurait concevoir d'autre raison de décider que celle d'après laquelle le juge prononce aussi dans l'interdit *uti possidetis*. — Toutefois une possession quelconque ne suffisait pas pour pouvoir invoquer cet interdit; les trois exceptions que nous connaissons écartaient au contraire toute *injusta possessio*. Ces mêmes exceptions doivent ici également déterminer la sentence du juge, seulement cette règle ne sera pas d'une application facile, parce que dans la plupart des cas il ne sera guère possible de fournir la preuve de ces exceptions avec la promptitude que requiert cette procédure.

D'après tout ce que nous venons de dire, le but véritable du *summariissimum* n'est autre que d'empêcher des crimes, et on peut le considérer comme une mesure de police empruntant des formes juridiques. Cette manière de voir est confirmée par la forme précise sous laquelle cette institution fut introduite dans la législation allemande. Quoiqu'elle n'ait pas eu le caractère d'une loi générale, exécutoire dans tout l'empire, il n'en est pas moins certain que, dans ses points essentiels, elle est en Allemagne la règle la plus sûre, lorsque la matière n'est pas réglée

par les lois spéciales de l'État, mais abandonnée à l'incertitude d'une pratique judiciaire vague et indécise. Voici le contenu de cette disposition législative (1). Lorsque des sujets immédiats de l'empire sont en contestation sur une question de possession, que l'état actuel de possession est douteux et que les circonstances sont telles, « qu'il faille craindre des rébellions, troubles ou séditions, » c'est-à-dire une perturbation de la paix publique, la chambre impériale aura, à la demande des parties, ou même *ex officio*, le droit de mettre la possession sous séquestre; immédiatement après, « sans procédure proprement dite, et sans « entrer dans un examen détaillé de la cause, elle décidera à « laquelle des parties il faut confier la *momentanea possessio vel* « *quasi;* à laquelle, d'autre part, il faut ordonner de s'abstenir « de cette possession jusqu'à la solution finale du procès au « possessoire et au pétitoire (2). Cela fait, il n'en résultera de « préjudice pour aucune des parties au point de vue de ses « droits ou de sa possession. »

En présence de cette loi, il est facile de préciser le mode d'application du *summariissimum*. Sa première raison d'être, raison pour laquelle il est aussi prescrit par la loi, c'est évidemment cette circonstance que même le possessoire ordinaire présente-

(1) *Ord. Cam.*, 1555, P. 2, tit. 21, § 3. *Conc. Ord. Cam.*, P. 2, tit. 22, §§ 4, 5.

(2) FRIDER (*de interd. comm.* 13) refuse d'admettre toute distinction en *ordinarium* et *summarium*, et attache beaucoup d'importance à cette opinion nouvelle. Le *summarium*, dit-il, est la procédure au possessoire, et l'*ordinarium* dont il est question ailleurs, et quelquefois aussi dans les lois de l'empire, n'est, selon lui, autre chose que le pétitoire, puisqu'il comprend aussi la *possessionis causa*, c'est-à-dire la décision finale sur la question de possession. Toutefois il finit par admettre lui-même quelques exceptions, et il se trouve que ces exceptions comprennent précisément tous les cas dans lesquels le *summarium* forme la règle.

rait encore trop de lenteurs. Toutefois la longue durée des procès n'était pas la seule raison déterminante ; c'était surtout l'intérêt de la sûreté publique, compromise par cette longue durée. Là où ce danger n'existe pas, il ne suffirait pas, pour recourir au *summariissimum*, de la seule raison que l'une des parties, redoutant la longueur de la procédure ordinaire au possessoire, désirerait se mettre provisoirement en possession. Si un tel motif était suffisant, on se demanderait avec raison pourquoi on ne porterait pas aussi une décision provisoire de ce genre dans tout autre procès, par exemple dans le procès en revendication, car la longue durée des procès est partout également fâcheuse. Il est même évident que l'emploi fréquent du *summariissimum* ne pourrait que rendre plus lents encore les procès en matière de possession, et qu'il faudrait bientôt un second *summariissimum* pour obvier à la longue durée du premier ; tandis que si l'on se borne à l'appliquer dans le sens de sa destination première et des lois de l'empire, son usage ne sera certainement que fort restreint ; car la perturbation de la paix publique est le seul danger qu'il tend à écarter, et ce danger n'est plus fort à craindre aujourd'hui dans les divers États allemands (1). — Si maintenant les circonstances sont telles que la loi les exige, nul doute que, d'après cette loi même, il faille observer tout ce que nous avons dit plus haut sur cette procédure. La loi ne disant pas à

(1) BAYER, *Summarischer Processz*, p. 178, soutient que cette loi prévoit deux objets bien distincts : la perturbation de la paix publique et la violence privée ; la première, dit-il, est aujourd'hui rare ; pour la seconde, il en est autrement. Mais cette loi ne contient en réalité que deux moyens différents d'atteindre le même but, la mise sous séquestre et la décision provisoire ; quant au mal à prévenir, elle n'en connaît qu'un, c'est la perturbation de la paix et de la sûreté publiques. (Note de la 6e éd.) (Voyez Appendice, n° 182.)

qui la possession doit être attribuée, il faudra résoudre cette question d'après des motifs généraux seulement et de la manière que nous avons indiquée. Quant à l'effet du *summariissimum*, la loi s'en explique clairement. Il ne préjudiciera pas même à la possession juridique. Si donc on découvre ensuite, dans la procédure au possessoire ordinaire, que cette possession appartenait, non pas à celui qui avait triomphé dans le *summariissimum*, mais à son adversaire, le droit de celui-ci ne sera nullement affecté par la décision provisoire, et la possession conférée par celle-ci ne sera dès lors considérée que comme une simple détention par laquelle la possession juridique d'autrui aura été provisoirement exercée (1).

Jusqu'ici nous n'avons parlé que du *possessorium* SUMMARIUM sans rien dire de l'ORDINARIUM, qui n'est appelé ainsi que par opposition au premier. Au fond l'*ordinarium* n'est que l'ancien interdit *uti possidetis*, et il est facile de comprendre que le *summarium*, mesure de police dont le seul but était de sauvegarder provisoirement la sûreté publique, ne pouvait avoir aucune influence sur cet interdit (2). Quelques jurisconsultes ont soutenu précisément le contraire (3), et chez beaucoup d'auteurs, leur manière de voir se révèle dans diverses applications spéciales. Selon eux, le *summarium* serait l'ancien interdit, avec quelques

(1) Voyez l'écrit de KOBER (p. 24) cité à la fin de ce paragraphe.

(2) Voici comment il faut expliquer ces diverses dénominations : la procédure nouvelle est nommée *summarium* par opposition à l'*ordinarium ;* on l'appelle *summariissimum*, parce que dans l'*ordinarium* lui-même la procédure est déjà sommaire, d'après l'opinion générale du moins. Le mot est sans doute très-barbare ; mais il vaut mieux, parce qu'il empêche tout malentendu. (Note de la 6e éd.)

(3) F.-A. HOMMEL, *diss. de processu poss. summ. quæst.* 12. *Lips.* 1748, *qu.* 1-3. KLEPE, *de nat. et ind. poss. ad interd.* Cap. 3, p. 35, 36. D'après

modifications seulement, et l'*ordinarium* serait une espèce de terme moyen que le droit canon aurait intercalé entre le possessoire et le pétitoire. Pour reconnaître que cette opinion est historiquement fausse, il suffit de jeter les yeux sur les anciens auteurs, et sur la loi même de l'empire qui est ici en question. Tous ces auteurs sans exception considèrent le *summariissimum* (la *recredentia*, l'*interim*, etc.) comme une nouveauté que la pratique judiciaire est venue ajouter au droit romain, et l'ordonnance de la chambre impériale qui établit les conditions de cette procédure dit expressément que la décision provisoire n'exercera aucune influence sur la solution définitive ni de la question de droit, ni de la question de possession (1). Il est impossible d'entendre par là autre chose que ce que le droit romain prescrit déjà sur ces deux points. Le passage du droit canon qui a donné lieu à cette idée fausse d'un nouveau *possessorium* ORDINARIUM est dans c. 9, X., *de probat.*, et c'est par deux particularités qu'on établit une distinction entre ce moyen de droit et la législation romaine. D'abord la possession, pour pouvoir servir de base à cet *ordinarium*, doit être *justa*. Si l'on entend par là que la possession doit être *non injusta*, c'est-à-dire qu'elle ne doit être acquise ni *vi*, ni *clam*, ni *precario*, la proposition est vraie; mais elle ne dit que ce qui était incontestable déjà en droit romain, savoir : que l'interdit était paralysé par ces trois exceptions. Ici au contraire on veut entendre par *justa possessio* la possession qui est née d'un acte juridique :

KLEPE, les deux *possessoria* seraient de création nouvelle : l'*Ordinarium* appartiendrait au droit canon, le *Summarium* à la procédure de la chambre impériale; malgré cela, les interdits seraient encore en vigueur. Mais il est difficile de s'expliquer dans quel rapport ces diverses institutions existantes se trouveraient entre elles.

(1) Voyez p. 513.

justus titulus (1). En second lieu, pour pouvoir recourir à l'*ordinarium*, on exige que la possession remonte à plus d'une année (2), et par opposition à cette possession, on appelle celle dont il est question dans le *summariissimum* la possession *la plus récente* (3). Mais le passage des décrétales qui nous occupe ici ne crée pas une action nouvelle. Il se borne à supposer l'interdit *uti possidetis* et ne fait qu'apprécier, dans un cas spécial, la valeur des preuves fournies. Cette manière de voir s'appuie d'abord sur deux observations générales qui la rendent déjà très-probable. En premier lieu, le passage se trouve inséré dans le titre *de probationibus*; en second lieu, l'opposition entre deux actions possessoires différentes serait, en droit canon, d'une très-haute importance, et cependant il n'en est question nulle part dans ce droit. Mais le contenu du passage lui-même fait évidemment disparaître

(1) HOMMEL, *l. c.*, p. 15, 16. — C'est ici que se voit bien clairement la vérité de l'observation que nous avons faite plus haut (p. 491 et suiv.) sur l'origine et l'enchaînement de ces diverses erreurs. Il est impossible de méconnaître le lien intime qui rattache cette opinion à une manière de voir spéciale sur la possession elle-même (p. 124-126) et à une autre sur la nature des interdits (p. 377).

(2) HOMMEL, *l. c.*, *qu.* 1, 2. KLEPE, *l. c.*, p. 36. Ce point était admis par la pratique en France dès le XVI^e^ siècle. CUJAS *in paratit. ad Cod. tit. uti possidetis.* — De même, la loi française moderne exige deux conditions pour pouvoir intenter l'action possessoire : la possession au moins annale, et l'introduction de l'action dans l'année du trouble : art. 23 du code de proc. civ. (Note de la 6^e^ éd.) — D'après HOMMEL, l'*ordinarium* serait même un moyen de recouvrer la possession perdue : dès lors la confusion devient telle, qu'on ne sait par où en commencer la réfutation. Cette opinion, très-répandue du reste chez les anciens praticiens, s'exprimait aussi en disant que l'*ordinarium* repose non pas sur la possession actuelle, mais sur une possession ancienne. LEYSER, *spec.* 499, *med.* 6, 7.

(3) Le terme allemand est : *der jüngste Besitz*, c'est-à-dire la possession dernière, que le *summariissimum* admettait pour cette raison comme existant encore. Voyez, plus loin, p. 520. (Note du traducteur.)

jusqu'au moindre doute. La contestation sur laquelle Innocent III avait à prononcer concernait la possession d'un district avec juridiction et d'autres droits encore. Chacune des deux parties avait produit un grand nombre de témoins; chacune avait prouvé que, depuis beaucoup d'années, elle exerçait des droits de ce genre; la question de possession était par conséquent fort douteuse. En présence de cette difficulté, le pape prononça de la manière suivante : Puisque l'une des parties possède le district et y exerce tous les droits seigneuriaux depuis soixante ans déjà, que cette partie a aussi fourni la preuve d'une base légale de sa possession, tandis que l'autre partie n'y exerce que quelques droits seigneuriaux et depuis cinquante ans seulement, et qu'elle ne produit aucun titre à l'appui de cet exercice, la première sera maintenue en possession en vertu de l'interdit *uti possidetis*. — Or, ces deux raisons de décider peuvent parfaitement se concilier avec la théorie romaine sur cet interdit, qui exigeait, en premier lieu, la possession actuelle, condition dont l'application était ici douteuse à cause des preuves contradictoires. Mais ce qui était certain, c'est que l'une des parties avait possédé dix ans avant l'autre; or, comme la perte de cette possession antérieure n'était pas prouvée, et qu'il était impossible d'admettre simultanément une seconde possession (*duo in solidum*, etc.), on présumait, à défaut d'autre preuve, que la possession plus ancienne subsistait encore (1). En second lieu, l'interdit veut une possession non vicieuse. L'une des parties ayant produit des priviléges impériaux et pontificaux, et l'autre ne pouvant pas fournir de titres semblables, il était très-probable que la première avait une possession non vicieuse, tandis que la

(1) Voyez p. 374.

seconde, si toutefois elle possédait, n'avait qu'une possession vicieuse; de sorte que, dans ce cas aussi, elle aurait dû succomber à cause des exceptions dont l'adversaire n'avait rien à craindre, et c'est à ce point de vue qu'on parle ici d'un titre. — Que telle fut réellement la manière de voir du pape, c'est ce qui résulte clairement des mots suivants où se trouve la décision proprement dite : *Nos recognoscentes in hoc casu non sic locum esse interdicto uti possidetis, ut dicere debeamus : uti possidetis, ita possideatis* (1); *cum probationes Ecclesiæ longe sint potiores :* ET IDEO SIT IN INTERDICTO SUPERIOR. *Commune Faventiæ sibi condemnamus... quoad possessorium judicium, quo tantummodo actum est, ut neque per se, neque per alios super his præsumat Ravenn. Ecclesiam... molestare* (2).

ADDITION DE LA SIXIÈME ÉDITION.

Ici encore il y en aura qui diront que tout cela est bel et bon si l'on s'attache à la loi écrite, mais qu'en pratique il en est bien autrement. Écoutons sur ce point les auteurs les plus remarquables qui ont écrit sur la procédure et auxquels personne n'a

(1) C'est-à-dire : Quoiqu'on ait ici recours à l'interdit *uti possidetis*, la sentence n'en serait pas moins fort peu utile, si elle se bornait à reproduire les paroles vagues de l'Édit; au contraire, elle doit désigner tout spécialement la personne qu'il s'agit de maintenir en possession.

(2) La même opinion que je viens d'énoncer sur le *possessorium ordinarium* et sur le cap. 9, X., *de probat.*, se trouve aussi exposée dans l'écrit suivant : FRID. GOTTL. KOBER (*præs.* IAC. FRID. KEES) *de judicio possessorio ordinario spec.* 1, *Lips.* 1805, 4. Cet ouvrage est fort recommandable, tant à cause de la manière claire et approfondie dont il traite cette matière, que pour la richesse de ses citations. (Voyez Appendice, n° 183.)

encore reproché une prédilection aveugle pour le droit romain (1). Voici ce qu'ils enseignent :

Le *summariissimum* est un moyen provisoire de conserver la possession : il a pour objet de rendre dans le plus bref délai, et sur une instruction tout à fait sommaire, une décision dans le seul but d'empêcher l'emploi de la violence. Voilà pourquoi, au lieu d'exiger une preuve proprement dite, on se contente ici d'une simple probabilité; mais les faits sur lesquels repose cette probabilité, et dont dépend le succès de l'action, sont absolument les mêmes que dans l'*ordinarium*. Il faut donc ici aussi une véritable *possessio*, et si, dans certains cas, la simple détention l'emporte, c'est uniquement parce qu'en présence d'une preuve imparfaite, le juge est plus exposé à se tromper et à prendre la détention pour une vraie possession. De même, lorsqu'on s'en rapporte à la possession la plus récente, cela ne veut pas dire qu'il s'agit ici d'une possession différente de celle que requiert l'*ordinarium* : cela signifie seulement que là où les deux parties prouvent des faits de possession, on considère les plus récents de ces faits comme rendant probable que cette possession est la dernière et par conséquent celle qui existe actuellement encore. Et si l'on n'a presque jamais égard aux exceptions qu'admet l'*ordinarium*, c'est uniquement parce qu'il ne s'agit dans le *summariissimum* que de faits que l'on peut constater immédiatement et sans perdre de temps par de longs débats. En général, il faut écarter ici toute procédure écrite, et, s'il est possible, terminer le tout oralement et d'un seul coup.

Cette manière essentiellement pratique d'envisager le *summa-*

(1) DANZ, *Summarischer Process*, § 16. BAYER, *Summ. Pr.*, §§ 65, 66 (ouvrage sérieux et complet). MARTIN, § 259, 11e éd. Comp. MEVIUS, P. 1. *Dec.* 139, P. 3. *Dec.* 132.

riissimum répond complétement à ce que j'en ai dit, et il est clair qu'une procédure de ce genre ne pourra durer que peu de jours, ou tout au plus quelques semaines. Il n'est qu'un seul point qui me sépare de ces auteurs. Ils admettent des voies de recours contre cette décision provisoire, sans leur attribuer toutefois d'effet suspensif. Même avec cette restriction, je pense que toute voie de recours serait inconciliable avec la nature même de cette procédure. En premier lieu, parce qu'elle aurait infailliblement pour effet de prolonger d'une manière indéfinie la durée du procès, ce qui rendrait impossible cette solution prompte que les mêmes auteurs reconnaissent cependant comme essentielle et indispensable. En second lieu, parce que l'admission d'un recours quelconque dépasse évidemment le but même du *summariissimum*. Celui-ci, en effet, n'a de raison d'être que pour empêcher les actes de violence que l'incertitude de l'état de possession fait craindre : or, ici la question de possession est décidée, et cette décision sera, dans tous les cas, mise à exécution, puisque le recours, selon ces auteurs, n'aura pas d'effet suspensif. Toute incertitude a donc disparu en fait, et avec elle tout danger de voir se produire des actes de violence, et c'est ce danger seul que devait écarter le *summariissimum*. Il est possible sans doute que, dans une procédure aussi sommaire, la sentence du juge fasse tort à l'une des parties : mais l'*ordinarium*, dont la voie reste ouverte, suffira pour remédier à cet inconvénient. Le passage du droit romain (1) qu'on invoque pour établir ces voies de recours, sans effet suspensif, ne prouve absolument rien, puisque le *summariissimum* lui-même était inconnu en droit romain. Ce texte concerne évidemment les interdits ordinaires,

(1) L. *un.* C. *Si de momentanea poss.*

et, selon l'opinion la plus exacte, tant l'interdit *uti possidetis* que l'interdit *unde vi* (1).

Une question toute différente est celle de savoir si, dans les tribunaux, le *summariissimum* se pratique réellement toujours tel que ces auteurs le disent. Il n'en est certainement pas ainsi. Je me rappelle moi-même un procès à la solution duquel j'ai concouru en qualité de juge. Le *summariissimum* avait duré près de douze ans; plusieurs facultés de droit avaient donné leur avis, et il était impossible encore de prévoir la fin du débat. Or, admettons que l'ensemble de cette procédure ait duré vingt ans, l'*ordinarium* pouvait ensuite fort bien en durer cinquante et être suivi d'un pétitoire d'une centaine d'années. Une manière de procéder aussi absurde et aussi désastreuse constituera-t-elle une critique sérieuse de notre opinion, et faudra-t-il faire à une telle procédure l'honneur de la couvrir de l'autorité de la science? Ce serait une véritable idolâtrie de ce qu'on est convenu d'appeler la pratique, dont les adhérents se piquent cependant d'invoquer à tout propos des raisons de convenance et d'utilité. Il ne faut d'ailleurs pas songer à trouver ici une pratique constante et uniforme; les passages de Mevius cités plus haut en sont déjà une preuve, et il ne serait certes pas difficile d'en trouver beaucoup d'autres de ce genre. D'après ma conviction, tout juge pénétré de la gravité de ces abus doit avoir le droit d'y parer autant que possible. Dans la plupart des cas, la grande latitude dont il jouit dans toute procédure sommaire lui suffira déjà à cet effet. Mais en ce qui concerne les voies de droit, il est clair que c'est à la magistrature supérieure seule à les écarter, du moment qu'elle est convaincue de la nécessité d'agir ainsi.

(1) Comp. ALBERT, *Int. uti possidetis*, §§ 139-144.

§ 52.

Voici maintenant le résultat de cette étude sur les modifications apportées au droit romain dans les législations modernes. Nous trouvons, il est vrai, dans celles-ci des règles de droit que les Romains ne connaissaient pas; mais ces règles ont si peu pour effet d'écarter la théorie romaine en cette matière, qu'elles ne se conçoivent, au contraire, et ne s'expliquent que comme compléments de cette théorie, ce qui prouve précisément et avec évidence que cette dernière continue d'avoir toute sa valeur.

APPENDICE.

ETAT DE LA DOCTRINE

EN MATIÈRE DE POSSESSION,

DEPUIS LA PUBLICATION DE LA SIXIÈME ÉDITION (1837),

PAR

M. Adolphe-Frédéric Rudorff,

Conseiller intime de justice, professeur ordinaire à l'Université de Berlin, etc.

La reconnaissance que nous tous, qui nous occupons de l'étude du droit, devons à l'auteur de l'ouvrage qui précède, et que moi en particulier je dois à mon illustre maître, ne me permettait pas de me soustraire au travail qu'exigeait la publication d'une nouvelle édition, lorque la demande m'en fut adressée par l'éditeur.

Cette tâche était simple et facile en tant qu'elle se bornait à la publication de ce qui avait été préparé par M. de Savigny lui-même, pour une 7e édition, et mis à ma disposition après le décès de l'auteur. Il s'agissait simplement de reproduire textuellement, sauf quelques modifications de pure rédaction, les notes manuscrites de l'auteur et de les insérer aux endroits convenables dans le corps de l'ouvrage.

Mais ces notes ont peu d'étendue et ne vont guère au delà des dix premières années qui ont suivi la publication de la sixième édition. Dans une nouvelle édition, cependant, il fallait exposer d'une manière complète tout ce que la littérature a produit depuis lors relativement à cette matière, afin de pouvoir décider jusqu'à quel point les résultats obtenus par M. de Savigny se

trouvent confirmés, modifiés ou remis en question par ces nombreux travaux.

En entreprenant ici de m'acquitter de cette tâche dans toute son étendue, je crois nécessaire de revenir sur le premier fondement de tout l'ouvrage, sur le texte même des Pandectes, qui sert de base à la théorie de la possession.

Contius avait affirmé, il y a longtemps, mais sans apporter de preuves à l'appui de son opinion, que le manuscrit primitif des Pandectes de Bologne n'allait que jusqu'aux mots *Tres partes* dans la L. 82, D. *ad legem Falcidiam*, que par conséquent tout le *Digestum novum* était puisé exclusivement dans le manuscrit de Florence et que toutes les variantes de la Vulgate relatives à cette partie des Pandectes ne reposent que sur des gloses et des conjectures. Les recherches critiques de MOMMSEN sur le texte du Digeste (1) ont maintenant donné à cette opinion une certitude complète. Or, c'est précisément dans le *Digestum novum* que se trouve traitée la matière de l'acquisition et de la perte de la possession, de l'usucapion et des interdits. Il faut donc ici partout rétablir le texte florentin. Le soin extrême avec lequel l'auteur a recherché et interprété les variantes de la Vulgate auxquelles on croyait devoir attacher une valeur supérieure, n'a plus dès lors qu'une importance indirecte et en quelque sorte négative, en ce que, par une série d'exemples décisifs pris dans la matière de la possession, il confirme cette autorité exclusive du texte florentin (2).

Il sera moins simple et moins facile d'apprécier la littérature

(1) *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, de BEKKER et MUTHER, V, 1862, n° 18, p. 407-449, surtout p. 428 et suiv.

(2) Voyez, plus loin, n^{os} 42, 54, 55, 77, 80, 91, 104, 108, 116, 118, 119, 120, 153, 166.

exubérante et diffuse accumulée sur cette matière pendant un quart de siècle, depuis que l'auteur a fait son dernier résumé.

Il est vrai que la majeure partie des ouvrages publiés depuis cette époque se bornent à vouloir rectifier certains points isolés de la théorie de M. de Savigny : les uns dans le but louable de faire progresser la science en corrigeant quelques côtés défectueux; les autres dans un esprit d'opposition systématique et hostile à l'ensemble du système. A l'égard des uns et des autres, il était impossible d'atteindre ce mélange particulier de légère ironie, de sagacité pénétrante et d'infatigable patience qui donne à l'ouvrage de l'auteur, outre son importance didactique, une valeur littéraire et même en quelque sorte morale. Mais heureusement un examen impartial et consciencieux, possible aussi à celui qui ne possède pas ce talent particulier, suffira pour constater le progrès véritable et le distinguer de ces prétendues améliorations qui ne le sont que dans l'imagination de leurs auteurs.

Toutefois, le présent ouvrage a rencontré aussi, depuis sa sixième édition, certains adversaires qui ont voulu ébranler la base même de tout l'édifice, soit en dénaturant la théorie parfaitement saine de l'auteur sur la possession en tant qu'elle donne lieu à une protection légale et à l'usucapion, soit aussi en donnant à tort un relief exagéré à l'un de ces deux éléments. Ces tendances ont fait l'objet d'une réfutation plus détaillée dans un appendice aux §§ 5 et 6.

Enfin il en est même qui ont voulu combattre comme erroné le point de vue scientifique auquel s'est placé Savigny. Ce sont notamment ceux qui, envisageant le droit d'une manière philosophique et générale, ont blâmé le positivisme de l'ouvrage, ou bien qui, préoccupés de l'application du droit, s'en sont pris au caractère historique et philologique du travail de l'auteur et ont

prétendu qu'il avait négligé la pratique du droit moderne. La patrie même de l'auteur en offre des preuves regrettables, tandis que les auteurs français et belges, plus justes dans leurs appréciations, ne se sont arrêtés ni à l'une ni à l'autre de ces objections, et que l'ouvrage de M. de Savigny sert au contraire de base et de point de départ à leurs études sur la possession tant ancienne que moderne.

Ces deux objections sont tout à fait générales de leur nature, et s'il faut les réfuter, ce ne peut être que dans la présente introduction. Or, il paraît d'autant plus nécessaire de le faire, qu'il s'agit en réalité de protéger une conquête précieuse de la science, fruit du culte de l'idée et de son développement historique, contre le chaos dans lequel les études ne manqueraient pas de retomber, si l'on consentait à la sacrifier.

Or, que l'auteur n'ait pas seulement tenu compte des réalités de l'histoire, mais qu'il ait aussi travaillé à la clarté de l'idée, c'est ce que des Allemands seuls ont pu méconnaître pendant longtemps, eux qui, selon l'expression d'un poëte, « s'appesantissent sur tout et sur lesquels tout s'appesantit; » et lorsque enfin ils s'en sont aperçus, ce furent encore eux qui en firent même un reproche à l'auteur, tandis que c'est là, au contraire, un des mérites essentiels de son ouvrage. Le résultat précieux de cette combinaison de l'idéal et du positif, c'est précisément que l'auteur s'émancipe par là complétement du droit romain, qui ne lui apparaît plus comme absolu et nécessaire, mais seulement comme une étape dans le cours général des développements du droit. Un résultat d'une nature plus positive, c'est cette intelligence claire des notions générales du droit qui se sont réalisées d'une manière concrète dans ce droit romain. Luttant contre tous les auteurs, « à une ou deux exceptions

près » (p. 9), Savigny a réussi à établir ce principe important que ce n'est pas l'avantage passif de la faveur attachée en matière de possession à la qualité de défendeur, mais bien le droit de tout possesseur à être légalement protégé et à jouir de l'usucapion, qui donne à la possession un caractère juridique, et que cette possession *juridique* trouve en elle-même le fondement légal de ces prérogatives.

La seconde objection n'est guère mieux fondée. On a blâmé l'auteur de s'être strictement borné à l'étude du droit romain pur et exempt de tout mélange. La société germanique demandait pour la possession d'autres garanties que celles du droit romain, et le développement de ces nouvelles garanties commence avec le moyen âge. Qui ne désirerait qu'il fût entré dans les vues de l'auteur de nous donner, dans un second ouvrage, un travail également approfondi sur la possession au moyen âge et dans nos législations modernes? Mais il est impossible de trouver matière à reproche là où il faut au contraire reconnaître que c'est son œuvre si difficile et si importante qui a seule rendu possible de continuer l'étude historique de ces éléments modernes, et d'arriver à un système complet théorique ou législatif de tout ce qui constitue le droit en matière de possession.

Cette appréciation juste et légitime de l'ouvrage vient aussi de recevoir une consécration nouvelle de la part de l'opinion publique dans l'insistance avec laquelle on réclame une septième édition, insistance qui ne s'est produite au même degré à l'égard d'aucune autre monographie sur une matière quelconque du droit civil.

Note du traducteur. On remarquera que dans tout ce qui va suivre, l'auteur a observé exactement l'ordre de l'ouvrage de M. de Savigny, de manière que chacune des subdivisions de l'appendice se rapporte à un paragraphe de cet ouvrage et en reproduit le titre.

INTRODUCTION.

Num. 1.

(Continuation de la bibliographie.)

Ouvrages qui ont paru sur la possession depuis la publication de la sixième édition ou immédiatement auparavant :

79. Loebenstern : *Ueber den Verlust des Besitzes durch Stellvertreter* (De la perte de la possession par le fait du représentant). Voyez : *Zeitschr. für Civilrecht und Process*, vol. IX (1836), n° XIII, pages 388-400.

80. Friedr. Wilh. v. Tigerstroem : *Die bonæ fidei possessio oder das Recht des Besitzes* (La *bonæ fidei possessio* ou le droit de la possession). Berlin, 1836, VIII et 364 pages in-8°.

Parfaitement original, mais aussi parfaitement manqué. Voyez, plus loin, addition au § 6 et la critique par Sintenis, *Allg. Lit. Zeit.* 1830; n° 118; p. 337-344.

81. Warnkoenig : *Ueber possessio civilis, Archiv für civil. Praxis*, vol. XXV (1837), cahier 2, n° 7, pages 178-187.

Défense de la manière de voir de Thibaut, écrite avant ma sixième édition. (Note manuscrite de M. de Savigny.)

82. Traductions du présent ouvrage :

Il diritto del possesso. Trattato civile del Sig. Dott. Cav. Federico Carlo di Savigny. Tradotto in italiano dall' Avvocato Pietro Conticini, *Prof. d' istituzioni civili nella I. e R. Universita di Siena. Firenze*, 1839, LXII et 552 pages in-8°.

Traité de la possession d'après les principes du droit romain par M. Fr.-Ch. de Savigny. Traduit de l'allemand sur la sixième édition. Par Jules Beving, avocat. Brux., 1840, III et 463 p. in-8°.

« Complétement mauvais. » (« *ganz schlecht.* » Note manuscrite de M de Savigny.)

Traité de la possession en droit romain par M. F.-C. DE SAVIGNY... Traduit de l'allemand sur la dernière édition par CH. FAIVRE D'AUDELANGE, docteur en droit, avocat à la cour royale de Paris. Les premières pages, surtout à partir de la 33e, ont été revues par M. Valette, professeur à la faculté de droit de Paris. Paris, 1841, XXVIII et 612 pages in-8°.

« Très-mauvais. » (« *sehr schlecht.* » Voyez les spécimens dans l'*Allg. Zeitung* du 1er avril 1840, supplément n° 92. Note manuscrite de M. de Savigny.)

Von Savigny's Treatise of the *Jus possessionis* of the Civil Law. Sixth Edition. Translated from the German by Sir ERSKINE PERRY, Chief Justice of the supreme Court at Bombay. London, 1848, XVI et 432 pages in-8°.

ANNONCES ET CRITIQUES DU PRÉSENT OUVRAGE :

HUGO dans les *Gœttingische gelehrte Anzeigen*, n° 133, du 21 août 1837, p. 1323-1327.

Simple annonce avec quelques rectifications de pure forme.

PUCHTA dans *Richter's kritische Jahrbücher*, 1837, p. 669-690.

La critique s'attache principalement à la nature et à l'histoire de la possession et à la possession dérivée, que Puchta nie en matière de *precarium*.

BETHMANN-HOLLWEG, *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik.* Février 1838. Nos 34, 35, 36, col. 266-288.

Contient un certain nombre d'excellentes observations dont il a été souvent tiré parti dans la présente édition.

83. THEODOR MAROSCHKIN, *Ueber den Besitz nach den Grundsætzen der Russischen Gesetzgebung* (De la possession d'après

les principes de la législation russe). Moscou, 1837, VI et 237 pages in-8°.

Critiques de cet ouvrage : 1° STOECKHARDT, dans *Richter's Jahrb.* 1840, pages 76-77; 2° *Alex. von* REUTZ dans la *Krit. Zeitschr. für Rechtswissenschaft des Auslandes,* 1840, n° IV, pages 57-83; n° XII, pages 185-216.

C'est une dissertation inaugurale en langue russe, digne d'attention à cause du zèle scientifique qui s'y manifeste, et de l'application à profiter de la littérature allemande, application qui se révèle surtout dans les sections 1re et 3e. Nous en parlons d'après l'extrait fort détaillé que Reutz en donne en allemand.

84. WARNKOENIG : *Ueber das Interdictum utrubi bei Schenkungen beweglicher Sachen gegen die Lex Cincia* (De l'interdit *utrubi* en matière de donations de choses mobilières contrairement à la *Lex Cincia*). Voyez : *Archiv für civ. Praxis,* vol. XX (1837), p. 421-426. Voy., plus bas, *num.* 146.

85. TH.-A.-LUDW. SCHMIDT : *Ueber das possessorische Klagerecht des juristischen Besitzers gegen seinen Repræsentanten* (Du droit du possesseur juridique d'intenter une action possessoire contre son représentant). Giessen, 1838. Dissertation inaugurale. 84 pages in-8°. Voy. *Richter's Jahrb.*, 1839, p. 461, et l'article de RUDORFF, même recueil, 1840, p. 1-6.

86. Le même : *Noch einige Bemerkungen über das possessorische Klagerecht des juristischen Besitzers gegen seinen Repræsentanten. Zugleich als Beitrag zu der Lehre von den Besitzvertrægen* (Encore quelques observations sur le droit du possesseur juridique d'intenter des actions possessoires contre son mandataire, pour servir à la théorie des contrats relatifs à la possession). Voyez : *Zeitschrift für Civilrecht und Process,*

vol. XIV, cahier I, n° 3, pages 43-92, comp. *Richter's Jahrb.*, 1840, p. 369.

Ces deux écrits sont de peu de valeur.

87. H.-L. Ordolff : *Bemerkungen zur Lehre vom animus possidendi.* (Observations pour servir à la théorie de l'*animus possidendi*.) Munich, 1838, 43 pages in-8°.

Dissertation inaugurale, où l'auteur a la naïveté de confondre l'*animus possidendi* avec la prétention d'être propriétaire. Voyez *Richter's Jahrb.*, 1838, p. 842, 843.

88. Carou : Principes ou Traité théorique et pratique des actions possessoires. Paris, 1838. Comparez l'article de Rauter dans la *Kritische Zeitschrift* de Mittermaier et de Zachariæ. 12 (1840), p. 134-140.

Le 25 mai 1838, on avait promulgué en France sur les justices de paix une nouvelle loi rédigée par M. Renouard, secrétaire général du ministère de la justice. Déjà, d'après la loi du 24 août 1790 (art. 10), les actions possessoires sont de la compétence des juges de paix, tandis que le *summariissimum* (recréance, l'ancienne *recredentia*) peut être intenté devant le président du tribunal de première instance. La nouvelle loi, dans son art. 6, désigne les actions possessoires par l'ancien terme *complainte*, en supprimant toutefois les anciennes additions *en cas de saisine, et nouvelleté, réintégrande et dénonciation de nouvel œuvre.* Dès lors se présentait la question de savoir si la nouvelle loi rétablissait l'ancien droit de l'ordonnance de 1667, en supposant que ce droit pût être considéré comme ayant été aboli par la loi de 1790 sur les justices de paix et par le code de procédure (art. 23-27). (Bruns, p. 367, 445 et suiv.). Cette question a provoqué en France une série d'écrits dont les uns contiennent de sérieuses recherches historiques, et dont les autres, à défaut d'esprit scientifique, se distinguent du moins par une grande habileté pratique. L'écrit du juge Carou est du nombre de ces derniers.

89. Eduard Gans : *Ueber die Grundlage des Besitzes* (Des bases de la possession). Berlin, 1839, 64 pages in-8°.

Cet écrit, dirigé contre l'ouvrage de M. de Savigny, a donné lieu

à une critique de PUCHTA, insérée dans *Richter's Jahrb.* 1839, p. 283-291 ; à un article de RUDORFF dans la *Literarische Zeitung*, 1839, n° 3, et à un article de KOEPPE, en sens contraire, dans le même recueil, p. 79-86.

A ce même écrit se rapportent les publications suivantes : 1° *Gans'Kritik gegen Herrn von Savigny, die Grundlage des Besitzes betreffend* (La critique dirigée par M. Gans contre la théorie de M. de Savigny sur les bases de la possession) par FRED. SCHAAFF, étudiant en droit de l'université de Berlin. Berlin, 1839, 35 pages in-8°. Voyez l'article de HUSCHKE, *Richter's Jahrb.*, 1839, p. 292-308) ; 2° *Zur Lehre vom Besitz. Eine Abhandlung von* A. KOEPPE, *stud. jur.* (Traité pour servir à la théorie de la possession). Berlin, 1839, 86 pages in-8°. Cet écrit contient les paragraphes suivants : *a* « De l'essence de la possession d'après la philosophie de Hegel, » p. 10-18 ; *b* « Apparence extérieure en matière de possession, » p. 19 et suiv. ; *c* « Essence et apparence extérieure, » c'est-à-dire trente paragraphes exposant une théorie de la possession « conforme aux seuls principes vrais, tels qu'ils découlent de la nature même de la possession, » p. 45-79 ; *d* « Objections contre le système de Rudorff, » p. 79-86. Voyez, plus bas, n° 19.3° DORGUTH : *Ueber den Besitz aus dem Standpunkt des Idealismus wie des Realismus*, etc. (De la possession considérée sous le point de vue de l'idéalisme et du réalisme, etc.), inséré dans le *Centralblatt für preussische Juristen*, 1839, n° 12, p. 274-284. *Richter's Jahrb.* 1839, p. 451-452.

90. G.-F. PUTCHA : *De civili possessione disputatio. Lipsiæ*, 1839. Réimprimé dans les *Kleine civilistische Schriften* recueillis et publiés par Rudorff. Leipzig, 1851, n° 25. Un extrait s'en trouve dans *Richter's Jahrb.*, 1839, p. 926-927.

91. Le même : *Besitz* (De la possession) inséré dans *Richter's Jahrb.*, 1839, n° 26, p. 408-455, et dans *Weiske's Rechtslexicon*, II, p. 41 et suiv.

92. LUDWIG DUNKER : *Geht der vom Erblasser ausgeübte Besitz durch die Erbschaftsantretung auf den Erben über?* (La possession exercée par le défunt passe-t-elle à l'héritier par l'adition d'hérédité)? Inséré dans la *Zeitschrift für Civilrecht*

und Process, XII, 1839, n° 3, p. 105-125. (*Richter's Jahrb.*, 1839, p. 86.)

C'est un travail solide dirigé en partie contre Pfeifer (*Prakt. Ausführungen*, I, n° 15, 1825), qui soutient que la possession juridique passe à l'héritier et n'enseigne le contraire que pour la possession naturelle.

93. Le même : *Ueber den Quasibesitz der auf Grund und Boden radicirten eigenthümlich deutschen Rechte und den possessorischen Schutz derselben* (De la quasi-possession des droits germaniques basés sur la propriété du sol, et de leur protection légale). Inséré dans la *Zeitschrift für deutsches Recht*, publiée par Reyscher et Wilda, II, 1839, p. 26-114. Comp. *Richter's Jahrb.*, 1840, p. 822, BRUNS, *Besitz*, p, 329, note 1.

94. *Von* TIGERSTROEM : *Rechtsgrund der possessorischen Interdicte* (Base légale des interdits possessoires). Inséré dans l'*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. XXII, 1839, cahier I, n° 3, p. 31-46.

Selon l'auteur, les interdits doivent provisoirement protéger le *propriétaire* dans sa possession, et sont par conséquent des revendications provisoires (p. 38). Avant la publication de son écrit, cette opinion s'est trouvée réfutée par ce qui est dit dans le présent ouvrage, au § 36, p. 377 à 382.

95. HEERWART : *Zur Lehre von der quasi possessio und den damit verbundenen possessorischen Rechtsmitteln* (De la quasi-possession et des actions possessoires qui s'y rapportent). Traité inséré dans la *Zeitschrift für Civilrecht und Process*, XII, 1839, n° VI, et IX, p. 143-212 et 283-325.

Cet écrit a le mérite d'essayer, en matière de charges foncières et d'autres droits inconnus au droit romain, une théorie plus précise sur la possession juridique, en se fondant, non sur le droit canon, mais sur le droit romain lui-même.

96. GEIGER : *Beitrag zur Lehre vom interdictum unde vi und dem remedium spolii.* (Sur la théorie de l'interdit *unde vi* et du *remedium spolii.*) Inséré dans la *Zeitschr. für civilr. und Process*, XIII, 1839, n° X, p. 238-290.

C'est une défense de l'*actio spolii* dans le sens le plus étendu.

97. C.-F. KOCH : *Die Lehre vom Besitz nach preussischem Rechte*, etc., etc. (La théorie de la possession d'après le droit prussien, etc., etc.). Deuxième édition complétement refondue et considérablement augmentée. Breslau, 1839, X et 302 pages in-8°. La première édition de cet ouvrage est citée dans l'introduction, n° 58.

Cet ouvrage, jusque dans l'ordre des matières, est conforme au présent ouvrage de M. de Savigny, et ne contient de recherches nouvelles ni sur le droit romain ni sur le droit allemand.

98. K. PFEIFER : *Was ist und gilt im Rœm. Rechte der Besitz?* (Que signifie la possession en droit romain et quelle est sa portée?) Traité dirigé contre la doctrine de M. de Savigny en matière de possession. — Tubingue, 1840, XX et 150 pages in-8°.

L'auteur commence par dire que la théorie de M. de Savigny est une des plus fausses qui se soient jamais produites, et que puisqu'elle commence à être reçue dans la jurisprudence allemande, il a écrit son ouvrage pour la combattre. Mais l'auteur ne s'est pas même donné la peine de prendre connaissance de la 6e édition de l'ouvrage de M. de Savigny, quoiqu'elle fût publiée trois ans avant le sien. Il y aurait vu qu'une partie considérable de ses objections était réfutée d'avance. Ce trait seul suffit pour montrer la légèreté et la naïveté du procédé. Il a cru convenable de publier sa théorie à lui, « tout en y joignant l'exposé des erreurs de M. de Savigny » (p. 148). Il faut certes s'étonner de la témérité et de la naïveté d'un auteur qui ose s'avancer ainsi sans redouter le reproche de vanité. Toutefois, il ne suffit pas de relever « le dévergondage et l'insolence du style, » comme le fait l'*Allg. Lit. Zeit.*, 1842, nos 98-100;

il faut bien encore se résigner à prouver en détail qu'aucune de ses six objections ne soutient un examen sérieux.

99. *Darstellung der Lehre vom Besitz als Kritik des v. Savigny'schen Buchs : « Das Recht des Besitzes, sechste verbesserte Auflage.* » (Exposé de la théorie de la possession, critique de l'ouvrage de M. de Savigny sur la possession selon le droit romain, sixième édition.) Berlin, 1840, 122 pages in-8°.

Cet ouvrage, dont l'auteur se nomme simplement : *un jurisconsulte prussien*, comprend : 1° une introduction ; 2° une esquisse d'un exposé philosophico-historique de la théorie de la possession ; 3° l'examen de la doctrine de M. de Savigny sur la possession comparée aux principes exposés par M. le professeur Gans dans son écrit sur les bases de la possession. » — Berlin, 1840, 122 p. in-8°, *Richter's Jahrb.*, 1840, p. 406-409. L'auteur ne veut admettre d'autre point de vue que celui du code civil prussien. Il demande donc qu'on traite absolument de la même manière la possession en droit romain, germanique, canon et prussien, et en donne un spécimen dans sa seconde section. Selon lui, les recherches sur le droit romain en matière de possession n'ont une valeur juridique que pour les anciens Romains, tandis que pour nous elles ne présentent plus qu'un intérêt historico-philologique ; en partant de là, il se flatte d'avoir prouvé que le travail de M. de Savigny — le plus beau fruit de ses études — est radicalement manqué, p. 46, 108, 122. Si l'auteur n'atteint pas son but, ce n'est pas faute de suffisance, ce n'est pas non plus parce qu'il s'est trop enfoncé dans l'étude du droit romain. En voici une preuve : A la page 17, il dit que les *res mancipi* se distinguaient des *res nec mancipi* en ce que les premières ne pouvaient être acquises que par les Romains, tandis que les dernières pouvaient aussi être acquises par d'autres personnes. Page 87, il assure que chez les Romains les particuliers ne pouvaient acquérir unilatéralement des biens-fonds, etc., etc.

100. THIBAUT : *Nachtræge zu seiner Abhandlung über possessio civilis* (Supplément au traité de cet auteur sur la *possessio civilis*). Inséré dans l'*Archiv für civ. Praxis*, XVIII, n° XIII, 1840, p. 167-188.

Une note de M. le professeur MITTERMAIER à la fin de ce sup-

plément dit que c'est le dernier écrit de Thibaut, achevé huit jours avant sa mort. Voyez, plus bas, le n° 21 de l'Appendice.

101. A.-F. v. DE HAGEN : *Ueber den nach* L. 15, § 4, *de precario stattfindenden Besitz des precario rogans und des rogatus. Ein civilistischer Versuch* (Essai sur la possession précaire attribuée par la loi 15, § 4, *de precario*, au *precario rogans* et au *rogatus*). Hamm., 1840, IV et 36 pages in-8°.

Cet écrit, d'une valeur incontestable et d'une grande pénétration, n'a pas peu contribué à faire avancer la connaissance de la possession double et dérivée. Voyez, plus bas, nos 48 et 89 de l'Appendice.

102. GEORG. ED. SCHMIDT : *Das commodatum und precarium. Eine Revision der Grundlagen beider* (Le *commodatum* et le *precarium*. Nouvelles recherches sur les bases de l'un et de l'autre). Leipzig, 1841, 212 pages in-8°. (Voy. l'article d'ADOLPHE SCHMIDT dans *Richter's Krit. Jahrb.* 1843, p. 769-793.)

Cet écrit est dirigé en partie contre V.-D. HAGEN, §§ 4 et 5 (voir n° 101), mais au lieu d'épuiser la matière de l'interdit *de precario*, comme on était en droit de s'y attendre, l'auteur nous donne une dissertation passablement superflue, mais devenue inévitable, sur l'*animus domini* (§ 2).

103. LUDW. HOEPFNER : *Die Besitzrechtsmittel und Besitzprocesse des heutigen gemeinen und des Kœn. sæchs. Rechts* (Les actions possessoires et la procédure en matière de possession d'après le droit commun actuel et d'après la législation de la Saxe royale). Leipzig, 1841, VIII et 168 pages in-8°.

L'auteur veut, au moyen de cet ouvrage, « émanciper le droit allemand, la nationalité allemande et la philosophie du droit de la domination de la jurisprudence *romanisante*. » Un collaborateur de l'*Allg. Lit. Zeitung*, 1842, supplément du mois de janvier, nos 7 et 8, dit que, dans l'intérêt de l'auteur comme dans celui de la science, il aurait mieux valu que ce livre n'eût pas été écrit. L'auteur s'est au moins émancipé si bien lui-même du droit romain, que là où il l'allègue à l'appui de ses opinions, il en montre la plus complète inintelligence. Voyez, plus bas, nos 84 et 102.

104. SCHAFFRATH : *Praktische Abhandlungen aus dem heutigen Rœmischen Privat-Rechte* etc., etc. (Traités pratiques de diverses questions du droit civil romain moderne et de procédure civile allemande, avec les décisions des instances supérieures). Bautzen, 1841.

Le n° XXX de ce recueil, publié en mars 1841, contient un article intitulé : « *Ueber das Wesen und die Erwerbung der blossen kœrperlichen Innehabung* » (de l'essence et de l'acquisition de la simple détention corporelle), et cet article est précédé d'une « explication métaphysique de l'essence de tous les genres de droits, particulièrement de la détention, de la possession et de la propriété. »

105. T. BRACKENHOEFT : *Ueber die drei vitia possessionis* (Des trois vices de possession). Inséré dans l'*Archiv für civ. Praxis*, vol. XXIV, 1841, p. 197-468.

106. WINDSCHEID : *Ueber den Besitz an Theilen* (De la possession des parties d'une chose). Inséré dans *Sell's Jahrbücher für hist. und dogm. Bearbeitung des Rœm. Rechts*, I, 1841, n° 12.

107. SINTENIS : *Von der processualischen Natur der Besitzmængel* (Des vices de possession dans leur rapport avec la procédure). Inséré dans le même recueil, I, 1841, p. 439-448.

108. KELLER : *Ueber die deductio quæ moribus fit und das Interdictum uti possidetis*. Inséré dans la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, vol. XI, n° 9 (1842), p. 287-332.

109. RUDORFF : *Bemerkungen über das Interdictum uti possidetis* (Observations sur l'interdit *uti possidetis*). Inséré dans le même recueil, vol. XI, 1842, n° 10, p. 332-361.

110. RUDOLPH IHERING : *De hereditate possidente. Berolini*, 1842, IV et 40 pages in-8°.

C'est une dissertation inaugurale qui se distingue par la péné-

tration des vues et la solidité des études ; mais le résultat auquel l'auteur arrive manque de justesse.

111. MADAI : *Beitrag zur Erklærung der* L. 30, § 1, *de usurpat. et usucap.* (41, 3). Ces « Observations pour servir à l'explication de la loi 30, § 1, du Digeste *de usurp.* » sont insérées dans l'*Archiv für civ. Praxis,* XXV, n° X, 1842, p. 313-322.

112. AUG. DENZINGER : *Die Accessio possessionis nach dem rœmischen und canonischen Rechte* (L'*accessio possessionis* d'après le droit romain et le droit canon). Würzbourg, 1842, 160 pages in-8°; inséré dans *Richter's Jahrb.,* 1842, p. 944, et dans les *Heidelb. Jahrb.,* 1844, n° 33, p. 523-528.

C'est une dissertation couronnée, mais dont l'auteur avoue lui-même, p. 73, qu'il écrit sans principes.

113. RUDORFF : *Beitrag zur Geschichte der superficies* (Études pour servir à l'histoire de la *superficies*). Inséré dans la *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft,* XI, 1842, n° 7.

114. BÉLIME : Traité du droit de possession et des actions possessoires, 1842.

Voyez, plus haut, n° 88.

115. CURASSON : *Traité des actions possessoires et du bornage,* 1842.

Voyez, plus haut, n° 88.

116. G.-E. SCHMIDT : *Ueber den Willen und die Grenzen der Thœtigkeit des Besitzers* (De la volonté et des limites de l'action du possesseur). Inséré dans la *Zeitschrift für Civilr. und Process,* vol. XX, 1844, p. 112-125.

C'est encore un écrit sur l'*animus possidendi* et toujours du même auteur; voyez, plus haut, n° 102.

117. BINDING : *Ueber Besitz und Verjæhrung verbundener*

Sachen (De la possession et de la prescription en matière de choses composées). Inséré dans l'*Archiv für civ. Praxis*, XXVII, 1844, n° IX, p. 216-239, n° XV, p. 360-388.

118. B.-W. PFEIFFER : *Ueber die zum Schutze der Fussweg-Trift- und Fahrgerechtigkeiten zustændigen possessorischen Rechtsmittel* (Des actions possessoires servant à la protection des servitudes de passage et de pacage). Inséré dans les *Praktische Ausführungen*, vol. VII, 1844, n° 12.

L'auteur rend un compte exact de la littérature moderne et de la jurisprudence de la cour supérieure de justice de Cassel en matière d'actions quasi-possessoires en général et de servitudes de passage en particulier.

119. CREMIEU. : Des actions possessoires en droit romain et en droit français. Paris 1846.

Voyez, plus haut, n° 88.

120. A.-S. KORI : *Ueber den natürlichen Besitz und einige dabei eintretende Rechtsfragen* (De la possession naturelle et de quelques questions de droit qui y ont rapport). Inséré dans l'*Archiv für civ. Praxis*, XXIX, n° 13, 1846, p. 407-428.

Cet écrit au fond ne se rapporte pas à la théorie de la possession juridique : l'auteur n'a voulu exposer que les principes nécessaires dans la pratique, en matière de possession dépourvue d'*animus rem sibi habendi*.

121. C. BULLING : *Das precarium, eine rœmisch- rechtliche Abhandlung* (Traité du *precarium* en droit romain). Leipzig, 1846, IV et 80 pages in-8°. Comp. Ad. Schmidt dans la *Neue Jenaische Allg. Lit. Zeit.*, 1845, num. 295, 296, P. 1179-1183. *Richter's Jahrb.*, 1846, p. 761.

122. PAPE : *Ueber den Besitz zusammengesetzter Sachen* (De la possession de choses composées). Inséré dans la *Zeitschr. für Civilr. und Process.* Nouvelle série, IV, 1847, n° 6, p. 211-251.

123. P.-X.-P. GARNIER : Traité de la possession et des actions possessoires et pétitoires. Troisième édition, 1847, 1853, 2 vol. in-8°.

Le premier volume, qui contient 496 pages, se rapporte seul à notre matière; il traite de la possession et des actions possessoires d'après le droit français actuel. Voyez, plus haut, n° 88.

124. C.-G. BRUNS : *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und der Gegenwart* (Du droit de la possession au moyen âge et dans les temps modernes). Tubingue, 1848, XII et 507 pages in-8°. Comp. les articles de Rossbirt dans les *Heidelb. Jahrb.*, 1848, num. 51, p. 801 à 806; et de Rudorff dans la *Hall. Allg. Lit. Zeit.*, janvier 1849, num. 4-8, col. 25-64.

Cet ouvrage est une histoire littéraire et dogmatique des actions possessoires, accompagnée de projets de législation. Il ne s'occupe pas des autres parties de la théorie de la possession, et aurait pu être plus convenablement intitulé : « De la protection de la possession. » Des huit sections dont il se compose, sept rendent compte des transformations que les actions protectrices de la possession ont subies depuis les anciens glossateurs jusqu'aux législations modernes. L'auteur, en les résumant, déclare, p. 462, que le résultat en est désolant et que la législation, la doctrine et la pratique présentent une incohérence et une confusion telles, qu'on doit se demander si une seule idée raisonnable et reconnaissable se trouve au fond de ce chaos, ou si tout cela n'est pas plutôt le seul effet du hasard et de l'arbitraire. Il trouve que l'histoire du droit doit avouer ici son impuissance et appeler à son secours la philosophie du droit, cette sœur si méprisée et si persécutée. Les projets que l'auteur met en avant dans sa huitième section, pour arriver, en Allemagne, à une législation uniforme en matière de possession, prouvent néanmoins qu'il reconnaît que, malgré des erreurs partielles, il y a eu progrès dans le développement du droit sur cette matière depuis le moyen âge jusqu'à nos jours.

125. AUG. DENZINGER : *Zur Lehre vom Besitzerwerb der Kinder nach Rœmischem Rechte* (Études sur les limites dans

lesquelles le droit romain reconnaît aux enfants la faculté d'acquérir la possession). Inséré dans l'*Archiv für civ. Praxis*, XXXI, 1848, n° 7, p. 268-289, et n° 13, p. 425-440. Voy., plus bas, n°s 76 et 77.

126. W. Stephan : *Zur Lehre von der Ersitzung* (Études pour servir à la théorie de la prescription). Inséré dans l'*Archiv für civ. Praxis*, XXXI, 1848, n° 10, § 2.

127. v. Zielonacki : *Kritische Erœrterungen über die Servitutenlehre*, etc. (Observations critiques sur la théorie des servitudes, avec un supplément sur l'interdit *uti possidetis*, 1849).

128. Alauzet : Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français, 1849, 1 vol. in-8° (voyez, plus haut, n° 88).

129. De Parieu : Études historiques et critiques sur les actions possessoires, 1850 (voyez, plus haut, n° 88).

Ces deux ouvrages (n°s 128 et 129) contiennent d'excellentes recherches sur la saisine et les actions possessoires du vieux droit français.

130. Ad. Schmidt : *Die interdicta de cloacis* (inséré dans la *Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft*, XV, 1850, n° 3, p. 51-89).

131. J.-P. Molitor : La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain, avec les rapports entre la législation romaine et le droit français ; cours professé à l'université de Gand et publié sur les manuscrits de l'auteur après sa mort. Gand (Hebbelynck), 1851, 509 pages in-8°.

C'est une partie du cours de droit romain approfondi professé par l'auteur à l'université de Gand. La possession selon le droit romain est traitée p. 1 à 154. Immédiatement après, p. 155-252, vient le droit français sur la possession et les actions possessoires

(complainte, réintégrande, dénonciation de nouvel œuvre). Le point de départ de l'auteur est une critique du présent ouvrage.

132. MIROY : Théorie des actions possessoires. 1 vol. in-8°, 1853 (voyez, plus haut, n° 88).

133. K.-A. SCHMIDT : *Das Interdictenverfahren der Rœmer in geschichtlicher Entwickelung* (Histoire de la procédure des Romains en matière d'interdits). Leipzig, 1853, IV et 349 pages in-8°.

A la matière du présent ouvrage se rapportent surtout les p. 32-47, 49-72 et 95-116.

134. BREMER : *Beitrœge zu der Lehre vom Besitzerwerbe durch einen Stellvertreter* (Études pour servir à la théorie de l'acquisition de la possession, par un représentant). Inséré dans la *Zeitschr. für Civilr. und Process.* Nouvelle série, XI, 1854, n° VII, p. 211-267.

La première section de cet écrit traite de la question de savoir si, pour acquérir la possession par un fondé de pouvoirs, il faut un mandat spécial, ou s'il suffit, pour acquérir une *possessio ignorantis*, d'un mandat général ou même d'un *procurator omnium bonorum* (p. 211-236)? La seconde section examine de quelle manière se constate l'intention du représentant d'acquérir au profit de celui qu'il représente (p. 236-249). Dans la troisième section (p. 249-266), l'auteur établit que, pour acquérir par le moyen d'un représentant libre, il faut toujours, même dans le cas d'une tradition, l'*animus* du représentant d'acquérir pour celui qu'il représente.

135. V. ZIELONACKI : *Der Besitz nach dem Rœmischen Rechte* (La possession selon le droit romain). Berlin, 1854, 192 pages in-8°.

L'auteur, qui dans le cours de son travail jette de temps en temps un coup d'œil sur les législations modernes, a été engagé à s'occuper de cette matière par les plaintes de Bruns (voyez, plus haut, n° 124) sur l'incohérence du droit moderne en matière de

possession. Il espère « éclaircir bien des points obscurs et fournir de nouvelles preuves à l'appui de bien des opinions connues. » En s'occupant des législations modernes, l'auteur a été dirigé par la pensée que l'étude du droit romain doit conduire à une théorie philosophique servant à apprécier d'une manière certaine les idées sur la possession. » — Ce petit ouvrage n'est pas sans utilité comme recueil des opinions récentes le plus généralement reçues.

136. SCHIRMER : *Ueber den Verlust des Besitzes deponirter und vom Depositar veruntreuter Sachen* (De la perte de la possession de choses déposées, soustraites par le dépositaire). Inséré dans la *Zeitschr. für Civilr. und Process.* Nouvelle série, XI, 1854, n° XII, p. 397-476.

137. VALENTIN SMITH : De la possession annale, suivi d'un compte rendu des études historiques et critiques des actions possessoires. Lyon, 1854, 86 pages in-8°.

C'est un écrit peu satisfaisant. Le fait depuis longtemps incontesté que la possession annale a sa source dans la « *Gewere* » du droit germanique est passé sous silence, et la question principale, celle de l'origine du caractère pétitoire des actions en matière de possession (BRUNS, §§ 42, 50), reste sans solution.

138. BONIF.-CORN. DE JONGE : *Over de possessoire actien van het oud-hollandsch regt, in verband met die van het burgerlijk wetboek* (Des actions possessoires du vieux droit hollandais dans leur rapport avec celles du code civil. Dissertation inaugurale). Leyde, 1857, 180 pages in-8°.

Le code civil hollandais de 1838 emprunte ses dix droits réels, au nombre desquels il compte aussi la possession, en partie au droit romain, en partie à l'ancien droit hollandais, c'est-à-dire à une branche du droit germanique. Ces bases sont l'objet des recherches approfondies de l'auteur. (KOENIGSWARTER, dans la *Krit. Zeitschr. für Rechtwissensch. des Auslandes.* 1840, num. XIII, p. 216-223.)

139. J.-TH. SCHIRMER : *Der Besitzerwerb durch einen pro-*

curator omnium bonorum (De l'acquisition de la possession par un *procurator omnium bonorum*). Inséré dans la *Zeitschr. für Civilr. und Process.* Nouvelle série, XIV, 1857, n° III, p. 167-197.

Cet écrit est dirigé contre la première des trois dissertations de Bremer (voyez, plus haut, n° 134).

140. Berthold Delbruck : *Die dingliche Klage des deutschen Rechts,* etc. (L'action réelle du droit allemand, historiquement développée pour l'usage moderne). Leipzig, 1857, XII et 340 pages in-8°.

Voyez sur cet ouvrage : 1. Bluntschli dans la *Münchener krit. Ueberschau,* vol. 6, p. 189, f°; 2. Sintenis dans les *Blætter für Rechtspflege in Thüringen,* vol. 5, p. 182, f°; 3. *Zarncke's lit. Centralblatt,* 1858, p. 253. — Voyez, en sens opposé : Bruns dans les *Bekker's Jahrb.* IV, num. 1 (1860). — Les idées de l'auteur sont complétement reproduites dans l'article de Heimbach, « revendication » publié dans *Weiske's Rechtslexicon,* vol. 13, p. 105 et suiv.

141. Louis-Al.-Désiré Beauvois : De la possession en droit romain, principalement en matière immobilière, des interdits *uti possidetis* et *unde vi*. De la possession en droit français. Paris, 1858, 500 pages in-8°.

De ces 500 pages, 223 seulement se rapportent au droit romain, mais il est juste de reconnaître que les écrivains français et belges sur la possession traitent le droit romain avec bien plus d'égards que nos praticiens allemands.

142. Maasen : *Das Interdictum uti possidetis und die Decretale Licet causam c.* 9, X, *de probationibus* (L'interdit *uti possidetis* et la Décrétale *Licet causam,* etc., etc.). Inséré dans le *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts* de Bekker et Muther, II, 1858, n° 13, p. 443-474.

143. Rosshirt : *Von dem possessorischen Processe* (Du procès

possessoire). Inséré dans la *Zeitschr. für Civilr. und Process.* Nouvelle série, XVI, 1859, n° VII, p. 199-234.

144. Alois Brinz : *Possessionis traditio.* Inséré dans le *Jahrbuch* de Bekker et Muther, III, 1859, n° 2, p. 16-57.

145. Maassen : *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage* (Études pour servir à l'histoire de la doctrine de l'*actio spolii*). Inséré dans le même recueil, III, 1859, n° 8, p. 227-246.

146. Bremer : *Besitzerwerb durch einen procurator omnium bonorum* (De l'acquisition de la possession par un *procurator omnium bonorum*). Inséré dans la *Zeitschr. für Civilr. und Process.* Nouvelle série, XVII, 1860, n° VIII, p. 193-226.

C'est une réplique à l'écrit de Schirmer. (Voyez, plus haut, n° 139.)

147. Oswald v. Schmidt : *Ueber den Begriff des Besitzes nach Rœm. Rechte* (De la notion de la possession selon le droit romain). Dorpat, 1860, 61 pages in-8°. Voy., plus loin, num. 4 et 19.

148. Gustav Lenz : *Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen*, etc. (Le droit de la possession et ses fondements. Introduction à la science du droit romain). Berlin, 1860, XVI et 303 pages in-8°.

Cet ouvrage dédié à la jeunesse qui étudie le droit, et dont l'auteur se réserve la traduction dans les langues modernes, ne vise pas à moins qu'à une « révolution dans le domaine du droit privé » et à une « conversion de la science. » Le moyen excessivement simple d'atteindre ce but, c'est de ramener exclusivement la science du droit à la dogmatique du droit romain. Pour le moment l'auteur donne, comme introduction, trois dissertations, dont la troisième (p. 77-203) traite de l'acquisition et de la perte de la possession, à l'exclusion de ce qui concerne la représentation par un tiers.

149. Bruns : *Der ældtere Besitz und das possessorium ordinarium* (La possession ancienne et le *possessorium ordinarium*).

Inséré dans le *Jahrbuch* de Bekker et Muther, vol. IV, 1860, n° 1, p. 1-119.

Cet écrit est dirigé contre Delbrück. (Voyez, plus haut, n° 140.)

150. Emmerich : *Beitrag zur Lehre vom Besitz des Superficiars* (Étude pour servir à la théorie de la possession du superficiaire). Inséré dans la *Zeitschr. für Civilr. und Process.* Nouvelle série, vol. XVII, 1860, n° 1, p. 12-18). Voy., plus loin, n°s 85 et 171.

151. Herm. Witte : *Gewæhrt nach Rœm. Recht die mit animus rem sibi habendi verbundene thatsœchliche Herrschaft über eine Sache in allen Fœllen den Schutz durch Interdicte?* (Le pouvoir physique sur une chose, uni à l'*animus sibi habendi*, confère-t-il dans tous les cas, d'après le droit romain, la protection par les interdits)? — Inséré dans le même recueil, nouvelle série, XVIII, 1861, n° XV, p. 234-301. Voy., plus loin, n°s 15 et 43 de l'Appendice.

152. M. Levy : *Einige Bemerkungen über die usucapio pro herede* (Quelques observations sur l'usucapion *pro herede*). Inséré dans le même recueil, nouvelle série, XIX, 1862, n° XIII, p. 347-371.

153. Herm. Witte : *Das Interdictum uti possidetis als Grundlage des heutigen possessorium ordinarium* (L'interdit *uti possidetis* envisagé comme base de notre *possessorium ordinarium*). Leipzig, 1863, VI et 151 pages in-8°.

Voyez sur cet ouvrage : Adolf Schmidt dans les *Heidelb. Jahrb.*, 1863, n° 44, p. 689-694, et la *Revue historique du droit français et étranger*. Neuvième année, p. 558-561. Ce dernier article est de M. Alph. Rivier, professeur de droit à l'université de Berne.

L'ouvrage de M. Witte embrasse l'ensemble de la procédure des interdits dans sa transition du droit classique au droit postérieur.

154. J. BARON : *Abhandlungen aus dem preussischen Recht.* (Études sur le droit prussien). Berlin, 1860.

Dans la première de ces études, l'auteur recherche en quoi la détention, selon le droit romain, doit être distinguée de la « garde du détenteur (*Gewahrsam*), » à laquelle le droit prussien attache la protection possessoire, et en quoi cette « garde, » de son côté, se distingue de la possession selon le droit prussien. Cette recherche conduit l'auteur à traiter des preuves de la possession, de la possession dérivée et du *summariissimum* du détenteur. Sous ce rapport, ce travail n'a pas seulement de l'intérêt pour l'étude du code prussien. Voyez n° 128 *a*.

155. Le même : *Die Gesammtrechtsverhæltnisse im Rœm. Recht* (Les droits collectifs en droit romain). Márbourg et Leipzig, 1864, 536 pages in-8°.

La seconde section, intitulée *Possession collective* (p. 85-127), examine les questions suivantes : 1° Quelle est la doctrine des sources sur la possession exercée par plusieurs sans partage intellectuel ? 2° Le droit romain connaît-il la possession collective ? — Voyez n°s 48, 85, 110.

156. Le même : *Zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes* (Études pour servir à la théorie de l'acquisition et de la perte de la possession). Inséré dans *Ihering's Jahrb.*, VII, 1864, n° 3, p. 38-165.

Le premier paragraphe, intitulé : *La théorie de Lenz* (voyez, plus haut, n° 148) est dirigé contre la défiguration spiritualiste de la notion de la possession, défiguration qui (à l'exemple de KIERULFF) non-seulement renverse l'ordre légal et consacré du *corpus* et de l'*animus* (L. 1, pr., L. 3, § 3, *de poss.*), mais veut que le *corpus* se perde tout à fait dans l'*animus*. La critique de l'auteur est ici bien basée.

Il en est autrement du deuxième paragraphe, intitulé : *Différence pratique entre ma doctrine et celle de Savigny.* Par ces mots, l'auteur indique que son opinion diffère de la théorie de Savigny sur la *custodia*. Une partie de cette différence n'existe que dans l'imagination de l'auteur. Dans sa sixième édition, M. de Savigny interprète la loi 1, C. *de donat.*, 8, 54, exactement comme

M. Baron le propose, et le différend imaginaire ne provient que de ce que ce dernier, en 1864, s'en tenait encore à la cinquième édition. Sous tous les autres rapports, la *différence pratique* ne saurait être niée ; mais il est tout aussi indubitable que la préférence n'est pas due à M. Baron. Voyez, plus loin, nos 71, 110.

157. Theod. Wollank : *De derivata possessione juris romani. Berolini*, 1864.

C'est une dissertation inaugurale de 83 pages in-8°. Si, dans son ensemble, elle ne fournit pas de nouveaux résultats, elle contient cependant, dans quelques parties, des observations qui méritent d'être prises en considération. Voyez n° 89.

158. Max.-Lèop. Hedemann : *Ueber den Erwerb und Schutz der Servituten nach Rœm. Rechte*, etc., etc. (De l'acquisition et de la protection des servitudes selon le droit romain, avec des observations spéciales sur la *quasi-possessio* et la *longa quasi-possessio*). Berlin, 1864, 207 pages-in-8°.

L'auteur nie que, selon le droit romain, les servitudes puissent s'acquérir par usucapion, et démontre, avec une grande intrépidité, cette manière de voir très-originale afin de parvenir, dit-il, « à extirper une erreur qui subsiste depuis plus de cinq siècles et qui, pour cette raison, est profondément enracinée, malgré l'évidente insuffisance des arguments sur lesquels elle se fonde » (p. 72). Cette entreprise le conduit au moins à une théorie en partie nouvelle sur la possession non-seulement des servitudes, mais aussi des choses corporelles. Voyez nos 8, 9.

SECTION PREMIÈRE.

NOTION DE LA POSSESSION.

---

§ 1.

DE LA DÉTENTION.

NUM. 2.

(P. 2, ligne 16.)

BRUNS a donc tort lorsqu'il dit, à la page 466 : « L'objection élevée contre la définition que, le code prussien donne de la détention, et qui consiste à dire que, d'après cette définition, tout homme qui traverse un bois la cognée à la main devrait être considéré comme détenteur de ce bois, frappe aussi la théorie de Savigny. » Détenir une chose matériellement, sans aucune participation de la volonté, ne constitue jamais une véritable détention : L. 1, §§ 9-13, 20, *de poss.* DONELLUS, 5, 13, § 4 : « *Tenere non est corpore rem contingere sed ita attingere, ut affectionem tenendi habeas.* » C'est seulement l'intention d'avoir *pour soi* que l'on ne suppose pas dans la simple détention : *animus* SIBI *habendi*.

Num. 3.

(P. 2, ligne 19.)

Zielonacki, p. 5, distingue donc à tort : 1° la détention considérée en elle-même ; 2° la détention comme élément de la possession. Parmi les exemples qu'il cite, les uns ne constituent pas même la simple détention, par exemple l'occupation matérielle par une personne incapable de volonté (voy. le numéro précédent) ; les autres impliquent une véritable possession juridique, limitée seulement sous un point de vue tout relatif, ou privée des droits attachés à la possession, et dès lors ils rentrent dans le n° 2 : telle est la possession de celui qui occupe clandestinement un immeuble, ou la possession qui, contrairement à la loi, aurait pour objet un homme libre, une *res religiosa*, etc.

Num. 4.

(P. 3, à la fin de la note.)

C'est aussi l'opinion d'Oswald v. Schmidt, p. 18, note 31 : Le droit de posséder appartient, selon lui, non-seulement au propriétaire, mais encore à quiconque jouit du droit de personnalité. L'auteur confond la capacité abstraite avec le droit positif de posséder tel objet déterminé, droit qui n'appartient pas plus à l'acheteur qu'à l'usufruitier.

§ 2.

DROITS DÉCOULANT DE LA POSSESSION.

Num. 5.

(P. 6, ligne 1.)

Dans la « critique » du présent ouvrage (voyez, ci-dessus, num. 99 de la bibliographie) (1840), à la page 63, on s'élève

contre ce passage, en se fondant sur ce que la prescription exige un motif juridique. L'auteur paraît n'avoir songé ni à la prescription lucrative, ni à la prescription extraordinaire.

Num. 6.

(P. 7, ligne 7.)

Quelques auteurs ont tout récemment objecté qu'une modification d'un fait purement matériel ne saurait causer à personne un tort juridique. Non-seulement l'interdit *quod vi aut clam*, l'interdit *de loco publico fruendo* (L. 13, § 7, *de injur.*) et la soustraction d'une chose à la *custodia* du locataire ou du commodataire prouvent le contraire, mais de plus Savigny parle aussi expressément d'un « autre droit » que la violence lèse en même temps. Or, ce droit n'est autre chose que la volonté de celui qui subit la violence (L. 1, *quod metus*. L. 11, *de vi*). Il n'est pas question ici d'un droit spécial sur la chose. L. 1, § 2, *quod vi aut clam* : « *parvi refert utrum jus habuerit faciendi an non.* » L'idée même de la violence implique déjà cette violation de la volonté individuelle, de sorte qu'il était même superflu de parler encore de cet « autre droit. »

Num. 7.

(P. 7, à la fin de la note.)

Les interdits et les exceptions que l'on oppose à la possession entachée d'un vice donnent à cette protection légale un caractère défensif dirigé contre le dol et la violence ; il ne pourra toutefois en être question que plus loin, au § 6 et au § 38.

§ 3.

DROITS DÉCOULANT DE LA POSSESSION. CONTINUATION.

NUM. 8.

(P. 9, ligne 8.)

L'auteur pouvait encore parler ainsi dans la sixième édition. Mais depuis lors KOEPPE, p. 22, a découvert que « les interdits ne sauraient être considérés comme des effets spéciaux et caractéristiques de la possession, parce qu'il y a des interdits qui ne supposent aucune possession, par exemple les interdits *adipiscendæ possessionis* et ceux qui se rapportent à des choses qui ne sont pas dans le commerce. » — L'auteur doit avoir puisé à des sources inconnues; celles que l'on connaissait jusqu'à présent n'ont jamais rangé ces interdits parmi les interdits possessoires.

PFEIFFER (p. 17-30), qui considère cependant comme des effets de la possession toutes les conséquences légales imaginables, veut précisément en exclure les interdits. « Sans doute, dit-il, les interdits exigent comme condition qu'il y ait possession (non pas seulement possession juridique, puisque la possession simplement naturelle donne aussi droit à l'interdit *de vi*) (?). Toutefois ce serait, selon lui, *brider le cheval par la queue* (image que l'auteur affectionne) que d'attribuer pour cette raison à la possession une valeur légale. Les interdits sont des moyens de droit; or, le législateur n'en crée pas sans raison; il les destine à protéger les rapports de droit qui présentent de l'importance pour la condition légale des personnes, etc. » — D'après cela, la *possessio ad usucapionem* requerrait le juste titre et la bonne foi; mais sa protection par le moyen de l'interdit *de vi*

n'exigerait qu'une simple possession naturelle, ce qui ne serait certainement pas *brider le cheval par la tête.*

HEDEMANN (p. 98, n° 94) (1) nie que l'usucapion soit une conséquence de la possession. Ses motifs sont semblables à ceux de Sintenis, il y ajoute seulement le rejet complet de toute prescription acquisitive des servitudes. Cependant, non-seulement il y avait des usucapions sans titre légal, par exemple les *improbæ pro possessore usucapiones*, mais, de plus, l'usucapion régulière exige aussi le commencement et la continuation de la possession, et ces conditions doivent trouver leur place dans la théorie sur cette matière, d'autant plus qu'elles ne se confondent nullement avec le genre de possession qui donne droit aux interdits, comme l'auteur le croit à tort. Le possesseur clandestin d'un immeuble succombe devant l'interdit *uti possidetis* de celui qu'il a supplanté; il invoquera victorieusement ce même interdit contre toute tierce personne; mais ni l'un ni l'autre ne peut usucaper.

NUM. 9.

(P. 9, ligne 12.)

PFEIFFER (p. 29) invoque la L. 16, *de usurp.*, et la L. 1, § 15, *de poss.*, où l'on met en opposition d'une part la *causa usucapionis* à elle seule, et d'autre part toutes les autres *causæ* (*quod ad reliquas omnes causas pertinet*) et notamment la qualité de défendeur à l'*actio ad exhibendum*. — Cependant l'obligation de devoir soutenir un procès à propos de la possession d'une chose est, d'après le même auteur (p. 25), bien évidemment un inconvénient, et même un inconvénient très-grave, et non pas un droit. « On pourrait, dit-il, tout aussi bien parler du droit qu'a

(1) *Erwerb und Schutz der Servituten*, 1864.

l'écolier d'être châtié par le maître. » Dès lors se trouve excusée, je pense, l'absence de ce droit dans l'énumération de ceux qui sont attachés à la possession.

HEDEMANN (p. 100 et suivantes) considère comme conséquence réelle et unique de la possession le droit d'être protégé contre toute espèce de trouble et l'avantage de ne pas devoir faire de preuve dans le cas d'une revendication (p. 103). Ces deux conséquences n'en font qu'une à ses yeux. L'avantage de ne pas devoir prouver n'est, dit-il, qu'un effet naturel de la *possessio ad interdicta* (p. 100); Savigny s'est donc complétement trompé lorsqu'il a affirmé, en se basant sur la L. 9, *de rei vindic.*, que la dispense de l'obligation de prouver ne pouvait plus être considérée comme une conséquence de la possession (p. 102); car, pour être conséquent, il ne devrait plus considérer même le droit d'invoquer les interdits comme un effet de la possession, puisque les interdits possessoires peuvent s'invoquer même dans le cas de possession dérivée, c'est-à-dire par quelqu'un qui n'est pas possesseur, mais seulement détenteur (p. 103).

Mais pourquoi ces personnes doivent-elles donc invoquer leur possession dérivée, si réellement la simple détention suffit déjà pour leur donner droit aux interdits? Et si, d'après HEDEMANN lui-même (p. 103), « la L. 9 attribue à celui qui détient *alieno nomine* une faveur légale qui en principe n'appartient qu'au véritable possesseur, » alors que cependant ce détenteur n'a certes pas les interdits, comment la dispense de l'obligation de prouver peut-elle encore être considérée comme « une conséquence proprement dite de la *possessio ad interdicta*? »

La position de défendeur, quoiqu'on la qualifie de possession et qu'elle dispense de l'obligation de prouver, n'est cependant en réalité qu'une possession passive en quelque sorte, qui entraîne

bien des obligations, mais ne confère pas de droits possessoires ou pétitoires, et qui dès lors n'appartient nullement à la théorie de la possession « juridique, » mais seulement au domaine de la procédure civile. Sans doute cette possession purement matérielle est elle-même garantie contre toute violation du *statu quo;* mais cette protection, sauf le cas d'un autre droit ou d'une possession proprement dite (1), se réalisera du moins, non pas par des actions pétitoires ou possessoires, mais par une résistance soit légale, soit matérielle (2), et celle-ci ne sera même permise qu'autant que l'état de possession ne sera pas contesté. Aussitôt qu'une contestation est soulevée au moyen d'une action réelle, le possesseur ne conservera la possession intérimaire jusqu'à la décision du procès (*vindiciæ*) qu'à la condition qu'il la défende au moyen de la caution prescrite par l'Édit *pro prædе litis vindiciarum,* ou *judicatum solvi* (3). S'il ne donne pas cette garantie, on recourra à l'interdit restitutoire *quem fundum* (ou, selon les circonstances, *quam hereditatem, quem usumfructum, quam viam, quod jus altius tollendi* ou *non tollendi*) *adversarius a te petit, eum* (*eam*) *si nolis defendere, illi restituas* (4), afin de l'obliger à transférer la possession par tradition (5), ou, s'il s'agit de servi-

(1) L. 5, § 10, *in fine, de operis novi nunc.*

(2) L. 6, § 1, *si serv.* : « *et civili actione et interdicto quod vi aut clam — et lapilli jactu.* » — L. 5, § 10, *de op. novi nunc.* : « *per prætorem, vel per manum — operis novi nunciatione.* »

(3) GAIUS, IV, 17, 89, 91. PAUL, I, 11, § 1; I, 13, *a*, § 8; V, 10, § 2; L. *un.* C. *uti poss.* L. 60, § 1, *de usufr.*, § 2, I. *de satisdat.* L. 5, pr. *de her. pet.* L. 9, *si pars.*

(4) ULPIEN, *inst. fragm.*, 4 (p. 508, Huschke) *Fragm. vat.*, §§ 92, 93. L. 45, *de damno inf.* L. 6, § 6, *de Carb. ed.* L. 80, *de rei vind.*

(5) L. 60, § 1, *de usufr.* HEDEMANN a complétement mal compris ce dernier passage (p. 117, 206). Voy. *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.*, 9 (1858), p. 32.

tudes réelles (1), par caution, à celui qui prétend exercer son droit en justice, et lui-même doit alors accepter la position de demandeur et le fardeau de la preuve.

La possession *ad interdicta* n'est donc nullement identique à ce qui constitue la position de défendeur en justice; il y a au contraire opposition entre ces deux termes. Les interdits n'exigent aucune satisdation, mais une possession non vicieuse à l'égard de l'adversaire. Le *commodum possessoris*, au contraire, repose sur une *satisdatio;* la question de savoir s'il y a possession juridique, possession non vicieuse, possession de dix ou de vingt ans, est ici tellement indifférente que la simple détention suffit, et que dans une contestation sur une servitude il ne faut même pas de possession du tout, puisque le possesseur aussi peut ici agir au pétitoire (2), s'il consent à prendre sur lui de prouver l'existence du droit de servitude, ou, dans l'*actio negatoria*, l'absence de ce droit.

Hedemann ne s'est pas clairement rendu compte de cette différence bien simple entre la possession comme droit et la possession impliquant violation d'un droit : cela provient de ce qu'il n'a pas tiré parti des *fragmenta Vaticana* et des fragments publiés par Endlicher, où cette distinction se manifeste dans toute sa force.

Num. 10.

(P. 12, à la fin du n° 3.)

Même en admettant, surtout d'après la L. 48, §§ 5, 6, *de furtis*, et L. 4, § 19, *de usurp.*, que le droit aux fruits soit autre et plus

(1) L. 15, *de op. novi nunc.* L. 45, *de damno inf.* L. 7, *de aqua quot.* Voyez *Zeitschrift*, 11 (1842), p. 357, note 26.

(2) L. 5, § 6, *si ususfr.* L. 6, pr. *si serv.*, comp. à § 2, I. *de act.*

absolu que le droit aux autres produits et aux parties de la chose, il ne faudrait cependant pas, comme le fait, par exemple, Zielonacki (p. 40 et s.), considérer l'acquisition des fruits comme un troisième avantage attaché à la possession « *régulière*, » puisque la raison de cette acquisition se trouve ici, comme en matière de spécification, dans la production et la conservation (*cultura et cura*), et que la continuation de la possession est dès lors sans importance.

Num. 11.

(P. 14, ligne 2.)

Bethmann-Hollweg, dans l'article qu'il a publié sur la 6e édition de cet ouvrage (*Jahrb. für wiss. Kritik*, 1838, n° 35, p. 276), ajoute avec raison « que ce principe, qui consacre, au point de vue du droit civil, la légitimité de la défense d'une possession non vicieuse, conformément à la L. 1, C., *unde vi*, et à la L. 1, §§ 27, 28, *de vi*, Paul, V, 6, § 7, se confond, en tant qu'appartenant au domaine du droit civil, avec la protection que donnent les interdits possessoires, et ne peut donc être considéré comme une conséquence particulière de la possession. »

§ 4.

DROITS DÉCOULANT DE LA POSSESSION. CONTINUATION.

Num. 12.

(P. 19, à la fin de la note 1.)

D'après de nouvelles recherches de Rudorff (*Zeitschrift für Rechtsgesch.*, 1863, III, p. 70 et s.), les édits sur la protection légale de la possession se trouvaient parmi les *missiones* (envois en possession), à la suite des actions, tandis que les interdits

figuraient dans le supplément parmi les formules ; ainsi s'explique la place que la possession occupe dans les commentaires.

La confusion entre les *missiones* et la possession remonte du reste à Quintus Mucius, L. 3, § 23, *de poss.* Voy. RUDORFF, *loc. cit.*, p. 74.

§ 5.

LA POSSESSION EST A LA FOIS UN DROIT ET UN FAIT.

NUM. 13.

(P. 22, à la fin de la note 1.)

(Voy., sur les écrits les plus récents, le n° 15 ci-après.)

NUM. 14.

P. 25, ligne 2.)

Il en est de la soustraction de la possession comme des contrats relatifs à la possession. Personne ne peut voler sa propre chose ; lorsque le propriétaire d'une chose la soustrait au possesseur de bonne foi, ou au créancier gagiste, elle n'est pas pour cela exclue de l'usucapion comme le serait une *res furtiva ;* mais il en résulte cependant un droit à la restitution et au double ou au quadruple de la valeur que représente la possession (*quanti possessio est*), c'est-à-dire de l'intérêt qui s'attachait à l'usucapion, à la rétention et à la sécurité que donnait le gage. La possession se présente ici comme un avantage (*utilitas*) qui non-seulement a son prix à l'égal du droit lui-même, mais qui de plus peut s'évaluer en argent, évaluation qui du reste pourra être fort différente de celle du droit (*quanti res est*). L. 1, § 3 ; L. 20, § 1 ; L. 61, § 8 ; L. 66 pr. ; L. 80, § 1, *de furtis ;* L. 1, § 15, *si is qui testamento liber.* L. 21, § 2, *quod metus causa ;* L. 3, § 11, *uti possidetis.*

NUM. 15.

(P. 25, à la fin de la note 2.)

BRINZ (*Jahrbuch für deutsches Recht* de Bekker, III, p. 15 et s.) a récemment cru pouvoir admettre, en matière de possession, une succession à titre particulier, par le motif que la possession n'est pas seulement un fait, mais aussi un droit. Voilà pourquoi l'acquéreur, quel que soit son *animus*, ne deviendra pas possesseur : 1. lorsque celui qui lui fait la tradition n'est que simple détenteur, car on ne peut transférer à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même (1); 2. lorsque l'auteur de la tradition n'a pas le droit d'aliéner (2); 3. lorsque le consentement des deux contractants fait défaut (3). Mais, comme dans toutes ces hypothèses on ne saurait nier la possibilité de l'usucapion, Brinz a recours à deux alternatives aussi peu satisfaisantes l'une que l'autre : *a.* en adoptant une usucapion au profit du détenteur, par conséquent sans qu'il y ait véritable possession ; *b.* en faisant une distinction entre la tradition de la propriété et celle de la possession, et en appliquant à cette dernière les restrictions que nous venons d'énumérer. Witte (4) objecte avec raison que dans tous les passages cités par Brinz à l'appui de sa thèse, l'acquéreur devient réellement possesseur s'il a l'*animus possidendi*. Mais Witte, en ajoutant que la possession n'est qu'un fait, et que, comme tel, elle met nécessairement la chose à la disposition de l'acquéreur, méconnaît la véritable portée du système de Brinz. Il faut

(1) L. 21, pr. *de poss.* L. 5, C. *eod.*
(2) L. 11, *de adq. rer. dom.*
(3) L. 33. L. 34, pr. *de poss.*
(4) HERM. WITTE. *Zeitschrift für Civilr. und Process.* Nouvelle série XVIII, *num.* XV, § 2.

distinguer la position de l'acquéreur à l'égard des tiers, et ses rapports avec son auteur. A l'égard des tiers, il a droit à être protégé dans sa possession, quelle qu'en soit l'origine, tandis qu'il ne l'emporte contre le possesseur antérieur que lorsqu'il n'a pas acquis sa possession en violant celle de ce dernier, et qu'elle résulte soit de la violation d'un tiers, soit d'une tradition faite par le possesseur antérieur lui-même. Toutefois cette tradition n'implique pas succession dans le sens légal du mot. Pour qu'il y eût succession, il faudrait un changement de personne se produisant dans un seul et même état juridique; or, la possession est toujours subjective et s'éteint avec la personne qui l'exerce. La succession à titre universel fait passer à l'héritier la personnalité avec tous les droits et tous les rapports juridiques qui s'y rattachent, et par conséquent aussi avec la propriété. Pour la possession, il n'en est pas ainsi, car la volonté, le seul élément de la possession qui puisse fonder un droit, s'est éteinte par la mort du possesseur antérieur (1). La possession n'a dès lors plus de sujet sur la tête duquel elle puisse reposer (2), elle ressemble à celle du prisonnier de guerre (3); la transmission ne peut se faire qu'en rattachant la possession du *de cujus* à celle de l'héritier (4), et comme il y a entre ces deux possessions un intervalle pendant lequel il n'y a pas eu de possession du tout, cette liaison elle-même ne sera qu'impropre (5). Même l'unité de

(1) L. 4, *locati*. L. 65, § 1, *de leg.* I. L. 23, pr. *de poss.* L 1, § 15, *si is qui test.*

(2) L. 31, § 5, *de usurp.* : VACUUM *tempus quod ante aditam hereditatem vel post aditam intercessit ad usucapionem heredi procedit.* » L. 30, § 5, *de poss.*

(3) L. 23, § 3, *ex quib. caus. maj.* L. 15, pr. L. 44, § 7, *de usurp.* L. 12, § 2. L. 22, § 3. L. 29. L. 44, § 7, *de captiv.*

(4) GAIUS, IV, 151. L. 13, § 4, *de poss.*

(5) L. 30, pr. *ex quib. caus.* : « *possessio defuncti* QUASI JUNCTA DESCEN-

personne n'a d'autre effet que de faire considérer la possession comme une *au point de vue des vices*. Une succession à titre particulier est tout aussi impossible à imaginer. Tout ce qu'on peut dire, c'est que le possesseur antérieur cesse de posséder (1) à condition que l'autre acquière cette même possession. Dans ce sens, on peut considérer l'abandon de la possession comme une transmission (2), et puisque cette hypothèse implique un concours de volonté, on pourra, en s'attachant seulement au résultat pratique, parler d'une tradition, d'une translation, d'une aliénation de la possession (3); mais la possession acquise n'en est pas moins nouvelle, et il n'y a ici pas plus de véritable succession qu'il n'y en a dans le cas de cession ou de délégation d'une obligation (4). La possession est seulement abandonnée, même abandonnée au profit d'un tiers, mais elle n'est pas transférée. Toutefois, afin que le nouveau possesseur ne souffre pas de ce manque de succession, on a recours aux règles particulières suivantes :

D'abord, en vertu de dispositions toutes spéciales, l'hérédité et l'héritier peuvent usucaper même sans avoir la possession (5).

DIT *ad heredem et plerumque nondum hereditate adita completur.* » Cf. L. 16, § 1, *de tutelis*.

(1) L. 34, pr. *de poss.* «... *quodammodo sub conditione recessit de possessione.* »

(2) *Cedere possessione :* L. 3, § 1. L. 1, § 4, *de poss. Cedere possessionem :* L. 1, § 20, *eodem.*

(3) L. 20, § 1, *de servit.* L. 4, § 2, *de alien. jud. mut. causa. Fragm. Vat.*, § 1.

(4) GAIUS, II, 38, 39.

(5) L. 30, pr. *ex quib. caus. maj.* L. 30, § 3, *de poss.* L. 44, § 3, *de usurp. Justiz-Minist.-Blatt für die preuss. Gesetzgeb. u. Rechtspflege*, XII, n° 3, p. 23 et suiv. SEUFFERT, *Archiv* III, 348. La possession trouve donc dans la propriété le point de contact avec la notion juridique de la personne, au lieu de se rattacher directement à l'individualité humaine.

En second lieu on s'attache à remédier à l'inconvénient résultant de ce que le *de cujus* a la propriété et la possession, tandis qu'avant l'appréhension l'héritier n'a pas le droit d'invoquer les interdits *retinendæ* et *recuperandæ possessionis* (1). Seulement il ne faut pas chercher le remède dans la *hereditatis petitio* qui disparaît dès que l'héritier est en possession de la succession (2), car l'action de l'héritier repose sur un fondement pétitoire et non pas possessoire. Le véritable remède, la véritable conciliation de la possession du *de cujus* avec celle de l'héritier, se trouve d'abord dans les interdits restitutoires accordés au *bonorum possessor* et au *bonorum emptor*, pour leur faire obtenir la possession (*quorum bonorum* et *legatorum*, *sectorium* et *possessorium*), ensuite dans les interdits que le préteur accorde, en matière de quasi-possession (3), à l'héritier et à l'acheteur.

En troisième lieu, les exigences de la pratique ont fait admettre pour la possession du *de cujus* et celle de l'auteur à titre particulier (*accessio possessionis*) une computation telle, que le défaut de succession ne peut causer au possesseur aucun dommage au point de vue tant de l'usucapion (note 14) que de la protection à retirer de l'interdit *utrubi*.

§ 6.

CLASSIFICATION DU JUS POSSESSIONIS.

NUM. 16.

(P. 28, à la fin de la note 2.)

Le motif en remonte jusqu'à l'Édit. Voy. le n° 12.

(1) PFEIFFER, *praktische Ausführungen*, I, *num.* 15, soutient le contraire. Mais la L. 1, § 44, *de vi* ne dit pas que l'héritier est possesseur en sa qualité d'héritier. DUNCKER, *Zeitschr. für Civilr. u. Process*, XII, p. 116 et s.

(2) Comme le fait IHERING, *de hereditate possidente* (1842), § 4.

(3) L. 1, §§ 29, 36, *de aqua quot.* L. 1, § 5, *de fonte.*

NUM. 17.

(P. 35, ligne 22.)

KOEPPE (p. 42) objecte que « la propriété peut fort bien aussi appartenir à celui qui ne possède pas, et que si l'on admet divers degrés de possibilité, on se retrouve en présence d'une probabilité, ou d'une présomption de propriété. » Cette objection n'est pas fondée, car la possibilité de la propriété n'est pas la base, mais bien l'objet (*interesse*) des actions possessoires.

NUM. 18.

(P. 41, à la fin de la note.)

Un travail de PUCHTA (1), dirigé contre ma dissertation, était écrit déjà en 1832, c'est-à-dire avant la 6e édition qui parut en 1837 ; mais il n'a été publié par moi qu'en 1851, après la mort de Puchta (2). Cet auteur, en critiquant le système que j'avais adopté alors, objecte avec raison l'inviolabilité de la volonté d'une personne dans le chef de laquelle résident des droits, les droits que peut invoquer la personne violemment dépossédée, et la nécessité de l'*auctoritas tutoris* pour que le pupille puisse renoncer à la possession.

BETHMANN-HOLLWEG, dans son jugement sur le présent ouvrage (*Jahrb. für wiss. Kritik* 1838, n° 35), ajoute une observation convaincante : « Rudorff, dit-il, aurait découvert la véritable base des interdits possessoires et se serait trouvé d'accord avec Savigny, s'il avait fait un pas de plus. Si l'on entend par l'acte de se faire justice soi-même l'emploi de la violence, de la force,

(1) « *Ueber die Existenz des Besitzrechts.* » (De l'existence du droit de possession.)

(2) *Puchta's kleine civilistische Schriften*, n° XV, p. 259-272.

de la ruse et même du dol, cet acte comprend tous les genres de trouble de possession considérés comme délits, précisément parce qu'ils sont en opposition avec le maintien de l'ordre public, avec le droit dans le sens objectif du mot. Mais ces actes ne lèsent pas seulement le droit de la société; ils lèsent aussi le droit en tant qu'il se présente dans chaque personne individuelle, et c'est à ce point de vue qu'ils donnent naissance aux interdits possessoires. Et même, si l'on ne s'en tient qu'au cas de violence, le plus important de tous, on peut ramener ces actions au principe de la légitime défense en matière de possession, principe qui, au point de vue du droit civil, se trouve en effet tout entier dans ces actions. »

Num. 19.

(P. 47, à la fin du § 6.)

En 1848 déjà Bruns a pu dire (1) : « La grande discussion entre Gans et Savigny, discussion qui semblait d'abord devoir être le point de départ d'une ère nouvelle dans la science du droit, se réduit de plus en plus aux proportions d'une simple controverse. Déjà maintenant un exposé complet de cette discussion n'offre plus guère d'intérêt. » Nous pourrions dès lors nous demander si, après quinze nouvelles années, il ne vaudrait pas mieux passer cette controverse complétement sous silence. Mais l'étude des discussions et des erreurs dans le domaine de la science, surtout quand on les contemple à une certaine distance, est toujours, sinon attrayante, du moins fort instructive. Voilà pourquoi nous exposerons ici, dans l'ordre chronologique

(1) *Recht des Besitzes*, p. 415, note 3.

de leur apparition, les principales opinions qui se sont produites sur cette question depuis la publication de la 6e édition.

TIGERSTROEM adopte une théorie complétement nouvelle, et ramène, comme le titre même de son ouvrage l'indique, toute la matière de la possession à la seule possession de bonne foi ; toute autre possession est nulle pour lui ; dans sa théorie, par conséquent, la possession s'identifie avec la propriété véritable ou fictive (p. 12, note 2, p. 23, 24, 29, 41). Mais tout ce qui est dit sur les interdits possessoires dément de la façon la plus formelle l'assertion qu'il n'y aurait en droit d'autre possession que celle de bonne foi. Selon l'auteur, les interdits sont, il est vrai, des actions possessoires accordées au propriétaire véritable ou fictif pour garantir son *jus possidendi* (non son *jus possessionis*), p. 41, 43, 109, 169, 170. Et pourtant la possession, ce droit le plus important du propriétaire, doit être aussi, toujours selon lui, protégée en elle-même ; tout possesseur, par cela seul qu'il l'est, a droit à protection, même s'il n'a aucun droit sur la chose, qu'il ne prétende même pas en avoir, ou qu'il possède injustement ; la légalité de cet état de fait doit être hors de question (p. 180, 199, 200, 201, 218).

On le voit, il est arrivé à cet auteur de se réfuter lui-même, sans le vouloir, de la manière la plus complète.

MAROSCHKIN (d'après REUTZ, p. 67) considère la violation de la possession comme un acte dirigé contre le pouvoir public de l'État, et relègue ce fait dans le domaine du droit pénal ou plutôt dans les attributions de la police ; il ne le rattache au droit civil que dans des matières non contentieuses. La base de cette théorie, c'est que certaines mesures prises pour protéger la possession, et principalement pour *empêcher* des actes de violence, ont plus ou moins le caractère de mesures de police.

Toutefois l'erreur de cette manière de voir résulte clairement du rapport des actions possessoires avec la procédure civile (avec l'*imperium mixtum* et non pas avec l'*ædilitia potestas*), et du lien intime entre cette matière et la théorie de la propriété.

Gans, dans son ouvrage le plus récent, conteste encore le côté matériel, et par conséquent la double nature de la possession; elle est à ses yeux « un droit dans toute la force du terme (p. 33), un commencement de propriété. » Ce qu'on a appelé le côté matériel de la possession se trouve, d'après lui, dans tout droit quelconque, car tous les droits se ramènent à des faits. « Je possède, je suis propriétaire, je me marie, j'hérite, etc.; tout cela sont des faits qui, sous certains rapports, n'ont rien de commun avec le droit (p. 14). Or, si la possession succombe devant la propriété, cela est vrai pour le droit aussi; car un droit est toujours quelque chose de relatif aux circonstances; jamais il ne doit être pris dans un sens absolu. De même que la possession cède le pas à la propriété, de même la propriété le cède au contrat, le contrat à la famille, la famille à l'État et l'État lui-même à l'histoire. » — Le fondement de cette théorie, c'est que « la volonté personnelle devient un droit lorsqu'elle agit sur une chose. » Mais cette proposition, exacte elle-même, prouve seulement que la possession renferme un élément juridique et que cet élément repose dans la volonté du possesseur. Il n'en résulte nullement que la possession ne renferme pas aussi bien clairement un élément matériel, le fait purement physique de la détention. Si Gans croit retrouver ce même élément matériel dans toute espèce de droit, il méconnaît la différence capitale entre le fait comme cause génératrice d'un droit, et le fait comme manifestation matérielle de la volonté de posséder. Le fait, en tant qu'expression de la volonté, peut

disparaître, mais le droit une fois établi n'en subsiste pas moins, puisqu'il continue à être sanctionné par la loi. Lorsque au contraire le fait par lequel se manifeste l'intention de posséder vient à cesser, la possession elle-même s'évanouit, et ce n'est que dans le cas de certaines formes déterminées de violence qu'elle pourra être récupérée. Gans n'a pas remarqué non plus que ce caractère provisoire de la possession se réduit précisément au rapport qui existe entre elle et la propriété, tandis que la propriété, le contrat, la famille, l'État ont en eux-mêmes une existence et une valeur juridique indépendante. Enfin la possession *ad usucapionem* peut seule en droit être appelée un commencement de propriété. Toute cette confusion provient de ce qu'on a appliqué les idées fondamentales sur la philosophie du droit, alors en vogue, aux données de l'histoire, et nommément à la théorie de la possession en droit romain. Quant au rang qu'il faut assigner à la possession dans le système général du droit, Gans trouve « la relation entre la possession et la matière des délits tellement comique dans ses résultats, qu'on s'exposerait à devenir comique soi-même, si l'on voulait l'analyser et la réfuter. Une si excellente plaisanterie ne doit pas être expliquée. » Dès lors nous pensons qu'il sera bon de laisser cette critique également sans réfutation.

Aux yeux de Koeppe, la possession comprend l'ensemble de la théorie des droits réels ; il admet en conséquence une possession d'un ordre supérieur et une autre d'un ordre inférieur. La dernière seule l'occupe ici. Cette *possessio*, garantie à certains égards, est un fait sous le rapport du *corpus*, un droit sous celui de l'*animus*, de sorte que la détention seule reste un fait pur et simple (p. 10, 11, 21, 45). Si l'auteur trouve ensuite qu'il y a inconséquence et une espèce de « suicide » de la part

de Savigny à exposer les mêmes idées dans ses §§ 2, 5 et 6, il ne faut voir là, pensons-nous, qu'une expression irréfléchie échappée au zèle inexpérimenté du jeune écrivain (p. 14). Pfeiffer, p. X-XV, combat son système.

L'exposé des principes de la possession, critique du livre de M. de Savigny par un jurisconsulte prussien (voy. Bibliographie, n° 99) ne se sépare de Gans que sur un seul point. « Chez les Romains, dit l'auteur, la possession, comme telle, était déjà un commencement de propriété, parce que la volonté arbitraire de l'individu était elle-même considérée comme un droit; voilà pourquoi même le voleur et le brigand étaient protégés par des interdits possessoires contre le propriétaire qui voulait recouvrer par violence la possession perdue; ils ne succombaient devant ce dernier que lorsqu'il recourait au pétitoire et prouvait, soit un droit de propriété pleine et entière, soit au moins un droit meilleur que celui de son adversaire » (p. 56). C'est que « les Romains étaient à l'origine un peuple de brigands, c'est-à-dire un peuple où régnait la force brutale, la volonté indomptée de l'individu » (p. 12). « Tel est aussi encore le point de vue de Gans » (p. 57). « En droit prussien, au contraire, la possession loyale et sérieuse (fondée sur un titre) peut seule être considérée comme un commencement de propriété — la possession vicieuse n'est pas une possession véritable, — elle n'est qu'une espèce de *custodia*. » (*Gewahrsam*.) — « Cette manière de voir du droit prussien, c'est-à-dire du droit juste et équitable, est la seule bonne en elle-même » (p. 57). « Le droit civil prussien nous apparaît donc comme le droit rationnel qui s'émancipe des règles purement contingentes du droit commun, et se développe logiquement sur le fondement de ses principes d'une vérité éternelle » (p. 121). — Il est inconcevable que malgré tout cela

l'auteur puisse encore, p. 49-64, adhérer aux règles injustes et irrationnelles du droit de ce peuple de brigands. L'auteur paraît ne pas s'être rappelé qu'en droit romain, la protection de la possession n'est jamais que relative, que le voleur et le brigand ne sont pas protégés au possessoire contre le propriétaire qu'ils ont dépouillé et à l'égard duquel ils possèdent *vi* ou *clam;* il n'a pas remarqué non plus que l'exception qu'invoquerait un tiers contre un voleur dont il se permettrait de troubler la possession ne serait qu'une *exceptio de jure tertii,* exception que n'admettent pas les principes généraux du droit.

KIERULFF (1) (vol. I, p. 339-400) trouve que la possession n'est en elle-même ni juste ni injuste : c'est un « non-droit véritable, » qui forme une notion propre et distincte (p. 348-351). Et ce « non-droit véritable » n'en constitue pas moins une notion juridique (?) !

SCHAFFRATH (*Praktische Abhandl.*, p. 225 et s.) se propose de donner une théorie toute nouvelle sur l'essence de toutes les espèces de droits. Dans ce but, il distingue : 1. l'occupation purement matérielle, sans aucune conscience de ce fait; 2. l'occupation matérielle et intellectuelle en même temps, sans toutefois qu'il y ait volonté déterminée : c'est la détention; 3. cette même détention accompagnée de la volonté de garder la chose et de la couvrir de sa personnalité : c'est la possession; 4. la volonté personnelle s'identifiant à la chose, même sans occupation matérielle : c'est la propriété ou le droit réel. — Il est clair que ce qu'il y a d'exact dans cette classification n'est rien moins que neuf.

BRUNS (§ 68) considère la volonté, à raison de sa spiritualité

(1) *Theorie des gemeinen Civilrechts.* Altona, 1839.

et de sa liberté, comme étant la source et le fondement de tout droit, et voici comment il formule le principe générateur des actions possessoires : « La volonté humaine se manifestant dans la possession d'une chose doit, comme telle, être protégée, quoiqu'elle ne fonde certes pas de droit véritable, et qu'elle puisse même se trouver en opposition manifeste avec le droit » (§ 58, p. 489). « Le point historique de savoir si les Romains se sont bien rendu compte de ce principe fondamental, s'ils l'ont notamment découvert dans la possession et comment ils l'ont compris, ou bien s'ils n'ont pas plutôt basé toute la théorie de la possession sur de seuls motifs de convenance pratique, — ce point ne saurait être élucidé » (§ 3, p. 19). — Ce doute nous paraît parfaitement justifié si nous considérons la manière très-diverse dont les Romains se prononcent à ce sujet (1), et la manière de voir de Bruns est incontestablement fondée. Il reconnaît en effet que la possession se légitime par elle-même, et c'est une véritable contradiction de la part de Zielonacki que de lui reprocher d'attribuer à la possession une nature double, tout en soutenant qu'il ne reconnaît en elle qu'un état de fait purement matériel. — A ce point de vue, ce n'est pas à tort que, dans la classification, on place la possession en regard du droit réel correspondant ; la possession à titre de propriétaire en regard de la propriété ; la *juris possessio* en regard du droit réel corrélatif (486) ; on ne peut se refuser de rattacher à la théorie des droits réels ce droit secondaire de la volonté personnelle à être protégée contre tout acte arbitraire, peu importe qu'elle soit, ou non, conforme au droit objectif. Le doute de Bruns sur le fonde-

(1) L. 12, § 2, *de captivis* et L. 2, § 3, *si serv.*, comparées à L. 44, *de poss.* L. 2, § 38, *ne quid in loco publ.* L. 5, *de liberali causa.* L. 5, § 1, *ad leg. Jul. de vi.*

ment rationnel de l'exception basée sur un vice de possession est moins rigoureusement logique (p. 499 et s.), puisque la volonté qui se borne à nier dans un autre la volonté de posséder ne saurait invoquer de droit à être protégée contre cette dernière.

MOLITOR (*La possession*, p. 15-18) présente deux objections contre la théorie de Savigny. D'abord, dit-il, la détention purement matérielle, comme le serait celle d'une personne endormie, d'un fou, d'un ami auquel on donne l'hospitalité et qui se trouve ainsi sur le terrain de son hôte, ne saurait être considérée comme point de départ d'une possession. — Mais c'est précisément pour cela qu'au § 1 de notre ouvrage, il est question de la détention du bateau, et non pas de la détention de l'eau sur laquelle on navigue. — En second lieu, il objecte que la possession des immeubles se conserve *solo animo*, et ne saurait se perdre *corpore*, c'est-à-dire par l'occupation clandestine d'un tiers. — Mais on verra que ce n'est là que le caractère relatif de toute protection accordée à la possession.

ZIELONACKI ne voit dans la possession qu'un simple fait; c'est pour cela, dit-il, qu'il a fallu l'influence d'une idée juridique d'un ordre supérieur, pour y rattacher les conséquences légales des interdits et de l'usucapion. Il n'énumère pas moins de douze preuves à l'appui de son opinion; mais ces preuves se réduisent toutes à dire que la possession peut s'acquérir et se perdre sans titre, même par un vol ou par violence, que la perte de la possession n'altère pas le droit de propriété, et que la possession n'est garantie qu'à l'égard de certains troubles d'une nature déterminée. — Mais tout cela prouve seulement que la possession n'est pas un droit de propriété sur la chose; tandis qu'aucune idée juridique quelconque ne pourrait avoir pour effet de pro-

téger le seul fait contre « un acte particulièrement immoral » (p. 41, 50?), si la possession non vicieuse n'impliquait pas le droit à une telle protection. A ce point de vue, c'est une inconséquence évidente que de rattacher la possession à la théorie des droits réels (p. 3).

STHAL (1) (vol. II, p. 395-406) considère la possession comme réglant provisoirement les mêmes rapports qui se trouvent définitivement fixés dans la propriété, c'est-à-dire les rapports réciproques de l'homme et des choses ; seulement on doit se placer, non pas au point de vue du droit, comme en matière de propriété, mais au point de vue des actes réciproques, afin d'empêcher que l'un ne trouble volontairement l'état de fait de l'autre. Toutefois cela ne doit s'appliquer qu'à la possession considérée comme objet de législation, sans que l'on puisse pour cela considérer la situation subjective de chaque possesseur comme constituant une propriété provisoire, ou les interdits comme étant des revendications provisoires (?). La possession est encore moins une présomption de propriété. La loi protége le fait de la possession non pas parce qu'il donne lieu à une présomption de propriété, mais parce que tout état de fait doit être sauvegardé comme tel (p. 396, 397). Voilà pourquoi une théorie possessoire indépendante de la propriété est spéciale au droit romain. Tout en considérant la propriété comme un droit absolu sur la chose, la loi romaine s'occupe aussi des autres rapports que les actes des personnes intéressées peuvent faire naître à l'égard des choses (p. 397), tandis que la *Gewere* de l'ancien droit germanique était, relativement aux choses mobilières, une espèce de terme moyen dans lequel se confondaient la propriété et la pos-

(1) *Philosophie des Rechts*, Heidelberg, 1854.

session. Le droit romain laisse subsister séparément l'une à côté de l'autre la théorie de la propriété et celle de la possession. Sauf peut-être la préparation de la revendication telle qu'elle résulte de l'interdit *retinendæ possessionis,* le possessoire et le pétitoire sont des procès complétement différents; le premier se base sur une obligation résultant d'un délit, sans avoir aucun égard au droit à la chose; le second, au contraire, n'a pour fondement que le droit absolu sur la chose. C'est la procédure civile allemande qui, s'appuyant sur le droit canon, et admettant l'*exceptio dominii* contre l'action possessoire, c'est-à-dire le cumul du possessoire et du pétitoire, a fait ressortir le rapport plus intime de ces deux ordres d'idées (p. 399). Et quelque différents que soient les systèmes de ces deux législations, puisque à la place de la distinction du possessoire et du pétitoire nous trouvons le *provisorium* et le *definitivum,* ils n'en ont pas moins pour but commun de régler les rapports de la possession et de la propriété (p. 400). D'après cela, la possession appartient à la théorie des droits réels. Seulement lorsqu'on se borne à classer les droits d'après leur objet, il devient impossible de lui assigner une place dans le système des droits réels, puisqu'elle ne représente pas un droit, c'est-à-dire une force morale protégée par la loi, indépendamment de la continuation de l'état de fait, et qu'elle n'a pas un objet qui doive d'une manière absolue être attribué au possesseur (p. 401).

Stahl fait consister la contradiction entre son système et celui que Savigny expose dans son § 6, en ce que, d'après lui, la raison d'être de la protection possessoire gît dans l'inviolabilité du rapport matériel existant entre la personne et la chose, tandis que d'après Savigny elle résulterait de la violation simultanée de la personnalité : non pas seulement de la volonté, mais aussi de

la personne elle-même. C'est évidemment un malentendu, contre lequel la distinction faite dans notre § 6 entre les actions possessoires et l'action en injures aurait dû prémunir l'auteur. Ce qui sépare réellement le système de Stahl de celui de Savigny, c'est que la protection accordée par le droit romain à la possession, protection où l'on recourt même à une violence fictive pour régler la procédure possessoire, ne saurait, même sous le rapport des formes extérieures, se confondre avec une revendication provisoire (§ 36), sans violer le principe : *nihil commune habet proprietas cum possessione*.

Beauvois (p. 24 et s.) considère la possession comme un droit ayant un fait pour objet, et cherche à expliquer ainsi, qu'elle prend son origine et finit avec ce fait. Lui objecte-t-on qu'un délit ne saurait faire naître ou anéantir un droit, il réplique que le droit du *prædo* aux actions possessoires n'est que relatif, et que le droit de possession de la personne violemment dépossédée n'est éteint que d'une manière relative aussi. Mais alors il ne devrait pas appeler ce droit un droit réel (n° 17, p. 28), et en général ce n'est que dans la possession dérivée que le fait peut être considéré comme l'objet de la possession ; dans la possession originaire, il n'est qu'un élément intégrant de l'ensemble.

Oswald von Schmidt, se conformant aux théories des jurisconsultes romains, reconnaît dans la possession un fait et un droit ; ce dualisme résulte d'une manière nécessaire de la nature même de la possession, et dès lors les tentatives que l'on ferait pour la baser sur un seul de ces éléments sont vaines et inutiles (p. 38). Il faut au contraire remonter à ces principes plus généraux qui dominent la théorie du droit, la *naturalis* et la *civilis ratio* : c'est de leur action commune que résulte la possession (p. 39). Les données naturelles sont l'homme et la chose (*animus*

et corpus) ; les données juridiques sont la capacité de l'homme, au point de vue des droits et du patrimoine, et l'aptitude des choses à être l'objet de ces droits (p. 49-51). Toutefois il ne faut pas distinguer le droit et le fait de telle sorte que l'élément juridique ne soit que la conséquence et que le fait reste seul la base de la possession (p. 21). Au contraire, le fait, c'est le rapport entre le possesseur et la chose ; le droit, c'est le rapport à l'égard des tierces personnes ; tel est le sens du principe romain : *Justa an injusta adversus ceteros possessio sit in hoc interdicto* (*uti possidetis*) *nihil refert : qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet quam ille qui non possidet* (p. 60-61). — Cette règle ne concerne, il est vrai, que les interdits et place en regard, non pas la chose et la personne, mais l'adversaire et les tiers, tandis qu'en elle-même aussi la possession affectant directement une chose est un avantage analogue à un droit. Cet écrit, petit comme il est, n'en a pas moins le mérite d'avoir ramené l'attention sur les restrictions qui découlent des principes supérieurs du droit, et sans lesquelles la volonté ne pourrait obtenir de valeur juridique.

Lenz admet (p. 93) que la possession est considérée comme un droit au § 5 de notre ouvrage, où il est dit que la loi positive « la reconnaît et la consacre. » C'est tout ce qu'on pouvait exiger, dit-il. Mais d'après lui la possession serait uniquement un droit, et même le seul droit immédiat qui puisse affecter une chose ; tous les autres droits impliquent seulement la faculté de se faire valoir plus tard au moyen d'actions (p. 86, 87, 281). Son principal argument est que la possession peut non-seulement exister, mais aussi être acquise ou perdue (p. 96, 97) et qu'elle n'est pas transmissible par succession (p. 271). — Mais cette possibilité d'acquérir et de perdre la possession n'est nullement

exclue par l'élément matériel qu'elle renferme, et si elle ne se transmet pas par succession, cela ne peut précisément s'expliquer que par cet élément qui s'évanouit à la mort du possesseur. Si au surplus on voulait trouver dans cette double nature de la possession le seul droit qui puisse affecter une chose, tandis que la propriété ne serait qu'une *actio*, il en résulterait la monstruosité, soit d'une possession garantie par l'action pétitoire en revendication, soit d'une action en revendication qui manquerait de base légale, ce qui constituerait un système juridique dans lequel il n'y aurait pas de propriété privée.

Voici maintenant le résultat de cette longue série de discussions :

La détention d'une chose est en elle-même un fait, et reste aussi aux yeux de la science un simple fait, tant qu'il n'est question que de son côté négatif, c'est-à-dire de l'obligation qu'elle entraîne de reproduire ou de restituer la chose détenue. Ce point n'est révoqué en doute par personne.

Mais que dire lorsque ce fait se transforme en ce que nous appelons une possession juridique, qu'il s'y attache un droit de protection et d'usucapion, et que le possesseur, au lieu de figurer comme défendeur dans un procès en revendication, exige comme demandeur qu'on le protége dans l'exercice d'un pouvoir qui lui est propre? Voilà l'objet de la controverse.

Nous appelons légitime un pouvoir qui nous revient de droit quand même nous ne l'exercerions pas; nous l'appelons un pouvoir de fait lorque nous l'exerçons sans que peut-être nous y ayons droit. C'est ainsi que nous n'hésitons pas à attribuer au propriétaire un pouvoir légitime sur la chose parce qu'elle lui

appartient de droit. Or, de quelle nature est le pouvoir inhérent à la possession?

On ne saurait concevoir que la possession, considérée ainsi dans ce qu'elle a de positif, renie complétement son origine. Comme pouvoir, elle manifestera donc toujours ce caractère de domination naturelle (matérielle et intellectuelle) que l'individu exerce sur une chose; elle s'acquiert par la violence et par la ruse, quoiqu'un acte contraire au droit ne puisse être la source d'un droit; elle s'éteint à la mort du possesseur; elle est inaccessible aux enfants, aux fous, aux personnes civiles, parce qu'elle est le propre de l'homme naturel, et non pas de la personne dans le sens juridique du mot.

Mais ce pouvoir naturel renferme lui-même déjà un élément juridique, sans cela les interdits seraient des actions sans fondement juridique. Il implique un droit à être reconnu, maintenu et réintégré, le cas échéant. Cet élément juridique, germe d'un pouvoir supérieur et immatériel, qui transforme le fait de la détention en un véritable droit, est susceptible de développements ultérieurs. Ces développements lui ont été largement départis en droit romain par la théorie des actions possessoires et de l'usucapion (*utilitatis causa*) : *plurimum ex jure mutuatur possessio*. On a admis la continuation de la possession même en l'absence du possesseur, on a permis la représentation, même dans un sens plus large que s'il s'agissait d'un droit; la possession a été considérée comme se rattachant à la personnalité, sauf toutefois le cas de succession; de sorte que des personnes civiles, c'est-à-dire des personnes purement fictives et incapables de toute volonté, furent admises à posséder. Or, ce n'est que par une conséquence bien naturelle de tous ces développements qu'on a aussi soumis la possession aux prescriptions de la loi,

alors qu'en principe elle n'avait rien de commun avec cet ordre d'idées. Dès lors les hommes libres, qui sont appelés à dominer et non pas à être assujettis à l'égal des choses, et les objets soustraits au commerce à raison de la destination supérieure que le droit leur assigne, ne purent plus être possédés, quelle que fût d'ailleurs la force de volonté ou la puissance matérielle de celui qui aurait voulu se les assujettir.

Dans la même mesure, la protection de la possession se dépouille successivement de son caractère purement matériel. La résistance à la violence par la violence est remplacée par l'intervention des interdits, et de même que dans la possession provisoire les *manus consertæ* ne sont plus qu'une expression symbolique de la désunion des volontés, de même aussi les interdits possessoires pour la conservation de la possession prennent de plus en plus le caractère d'une véritable contestation judiciaire.

En combinant ainsi le pouvoir matériel et l'élément juridique qu'il renferme et qui s'est progressivement développé, nous arrivons à reconnaître que la nature de la possession est double. C'est ce que Savigny a toujours cherché à exprimer en disant que la possession est à la fois un fait et un droit (§ 5). Et s'il est dit, à la p. 36, que la possession n'est « *certes pas un droit véritable,* » ces mots ne font qu'indiquer le point de départ du travail de développement progressif que nous venons d'indiquer.

Une appréciation impartiale reconnaîtra que tout ce qu'on a publié depuis la 6e édition de cet ouvrage ne mène guère à un autre résultat. La plupart des auteurs n'ont fait que répéter cette vérité, d'ailleurs incontestable, que la base juridique et première des interdits possessoires doit avant tout être trouvée dans la *volonté* de posséder — de même que dans l'interdit *quod vi aut*

clam la seule volonté de maintenir un état de fait se voit protégée contre tout trouble procédant de la force ou de la ruse et que ce *jus possessionis*, devenant un avantage appréciable en argent et analogue ainsi à la propriété elle-même, n'a été que plus tard, dans le cours des développements du droit, rattaché à la personnalité et rendu transmissible à titre de possession dérivée.

Mais dans tous les cas le droit du possesseur juridique à demander protection n'est que relatif; il n'est accordé que contre celui qui, par violence ou par ruse, directement ou indirectement, porte atteinte à la volonté du possesseur, et même alors seulement en tant que celui-ci n'a pas été le premier à troubler la possession paisible de son adversaire. Or, ce caractère relatif est précisément ce qui distingue l'obligation du droit absolu à l'égard des tiers; cette analogie avec l'obligation doit donc aussi être attribuée au *jus possessionis*. Par là même, le rapport entre les interdits *recuperandæ possessionis* et les obligations qui naissent d'un délit devient évident, et il ne pourrait plus y avoir de doute que relativement au droit de la possession à être protégée contre le dol et la violence avant même qu'ils soient perpétrés. Mais ce droit repose sur la crainte d'un trouble au moins imminent, et la teneur même de l'*interdictum duplex* prouve que là aussi le point de départ du débat possessoire se trouve dans l'imminence de ce danger.

C'est dominé par ces idées que le droit romain a toujours refusé à la possession tout caractère de droit réel : « *Possessio*, dit Ælius Gallus, *est usus quidam agri aut ædificii, non ipse fundus aut ager; non enim possessio est* IN *rebus quæ tangi possunt*, NEC *qui dicit se possidere, is suam rem potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex jure Quiritium possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut prætor utatur his verbis* : UTI

NUNC POSSIDETIS EUM FUNDUM, Q(UO) D(E) A(GITUR), QUOD NEC VI NEC CLAM, NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDETIS, ITA POSSIDEATIS, ADVERSUS EA VIM FIERI VETO (1). »

La possession ne doit donc figurer dans la théorie des droits réels qu'en tant que, se plaçant à ce point de vue plus général qui distingue l'ouvrage systématique de la simple monographie, on la considère comme un pouvoir naturel sur la chose, pouvoir qui se voit protégé, par une simple *obligatio* il est vrai, contre le dol et la violence. Mais cela exige toujours qu'on se conforme à la théorie romaine et qu'on ne donne pas à cette possession l'étendue d'un droit réel proprement dit (2).

Nous nous félicitons de trouver les points essentiels de cette manière de voir exposés aussi à un point de vue plus général. « La possession, » dit TRENDELENBURG (3), « qui succombe devant le droit du propriétaire n'en doit pas moins être protégée contre toute action violente ou clandestine. Le droit logiquement développé protége même la possession injuste contre la violence et le dol, et ce qui plus est, sans égard au droit peut-être meilleur de celui qui recourt au dol ou à la violence. Ce droit accordé même au possesseur injuste est une nécessité, si l'on songe aux conséquences qui résulteraient d'un système contraire. Chacun bientôt se ferait justice lui-même, s'emparerait de ce qu'il croirait lui être dû, et les faits les plus confus compliqueraient les questions de propriété. La raison intime qui doit se trouver dans la notion même de la possession est plus difficile à préciser. Le possesseur réunit dans sa personne des conditions importantes qui sont aussi inhérentes au droit de propriété : il tient

(1) FESTUS, v° *Possessio*, p. 233.
(2) Voyez SAVIGNY, *Syst. du droit romain moderne*, I, p. XL.
(3) *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik.*, 1860, p. 172, § 95.

la chose et il manifeste l'intention de la conserver et de l'attacher d'une manière permanente à sa personne. Ces premiers éléments d'une propriété possible impliquent le droit d'être protégés contre toute violation extérieure. En protégeant ainsi la possession, la loi protége donc une propriété possible, jusqu'à ce qu'il soit prouvé qu'il manque à cette possession les conditions nécessaires pour réaliser la notion de la propriété. Par là même, la loi encourage et réveille la sollicitude du propriétaire à se maintenir en possession, et correspond ainsi au but même du droit de propriété. »

« La confiance réciproque, condition morale de tout commerce social, veut qu'on respecte la possession acquise de bonne foi, et que cette bonne foi ne devienne pas pour le possesseur une source de dommage. Les deux intérêts qu'il s'agit de sauvegarder doivent donc être conciliés dans la législation positive, et c'est ainsi, par exemple, que le droit romain et le droit allemand pourvoient à ce besoin selon l'importance plus ou moins grande qu'ils attachent soit à la rigueur du droit de propriété, soit à la sécurité des relations sociales. »

Voici donc, en résumé, l'état complet de la question :

La détention seule est un simple fait, c'est-à-dire un pouvoir purement physique et matériel de disposer de la chose.

Un droit pur, dégagé de tout élément matériel, de tout pouvoir physique sur la chose, se trouve seulement dans le *jus possessionis*, c'est-à-dire dans le droit à la protection que la loi accorde au possesseur qui n'a pas la détention physique de la chose.

La possession corporelle donnant droit à l'usucapion et à la protection légale, *possessio* proprement dite, est un composé de ces deux éléments, elle est à la fois un droit et un fait.

§ 7.

POSSESSION CIVILE ET NATURELLE.

NUM. 20.

(P. 56, à la fin de la note 2.)

PFEIFER (p. 33 et s.) n'a rien à objecter à cette interprétation du mot *denique* et n'en soutient pas moins que le créancier gagiste a la possession civile du gage. Mais alors ce *denique* viendrait à l'appui de l'objection *non solum eum qui civiliter*, tandis qu'Ulpien veut précisément écarter cette objection par tous les exemples de la L. 3, § 15, et de la L. 5 pr., §§ 1, 2, *ad exhib.*

NUM. 21.

(P. 57, à la fin de la note 2.)

Dans son dernier écrit (*Archiv*, XXIII, p. 178), THIBAUT répond : « Le mari peut sans doute prendre à cœur la dépossession qu'aurait subie sa femme; mais il ne le peut pas comme s'il avait lui-même été dépossédé en qualité de possesseur; or, puisqu'il n'est pas possesseur, et que le sort du fermier de sa femme ne lui va pas au cœur, il ne pourra, dans le cas de dépossession de ce dernier, invoquer l'interdit *unde vi* ni d'une manière ni de l'autre. Ces questions délicates ne pouvaient toutefois se présenter qu'à propos de donations entre époux, donations nulles d'après la loi. » — Ulpien aurait, d'après Thibaut, voulu corriger l'opinion de ceux qui pensaient à tort que les donations ayant la possession pour objet étaient nulles aussi et que par conséquent le mari continuait à posséder. Il est seulement dommage qu'Ulpien ne dise rien de « ces questions

délicates, » et qu'il se borne à déclarer indifférent que le *dejectus* possède *pro suo* ou *pro possessore*, comme la femme donataire (L. 13, § 1, *de hered. pet.*), à laquelle la loi civile ne reconnaît pas de possession civile *ad usucapionem*.

Voici comment PFEIFER explique le passage (p. 45, 46). La femme a la possession juridique, mais comme la loi positive énerve cette possession, il ne lui reste qu'une possession purement naturelle. Or, cette dernière suffit pour donner droit à l'interdit *de vi*, puisque cet interdit appartient même au simple détenteur. Seulement il faut que la femme possède elle-même, car lorsqu'elle a donné à bail, et que c'est son fermier qui est dépossédé, elle ne possède plus du tout, la possession juridique ne pouvant être invoquée par elle, et la possession naturelle lui étant enlevée. — Pfeifer trouve cette explication plus naturelle que celle qui est exposée à la page 58 de notre ouvrage. Malheureusement elle contient autant d'erreurs que d'affirmations : 1. Quand la loi énerve cette donation, ce n'est pas au moyen d'une nullité qu'elle le fait, mais par une *conductio* (L. 6, *de don. int. vir. et ux.*); dès lors la femme obtient les interdits, sauf l'accession de possession dans l'ancien interdit *utrubi*; voilà tout ce que dit la L. 46, *eod.*, loi empruntée à ULPIEN, lib. 72, *ad edictum*, qui commente l'interdit *utrubi*. D'après la L. 1, § 4, *de poss.* et la L. 22, § 1, *de precario*, une nullité serait complétement impossible; car le mari a tout au moins renoncé à la possession au profit de sa femme, de sorte qu'elle a, même vis-à-vis de lui, une *justa possessio* et de plus avec le temps la préférence dans l'interdit. Ce qui est nul, c'est donc seulement la donation de la possession du mari, et non pas celle de la possession en général. 2. Le détenteur ne peut invoquer que l'interdit *de vi armata*, pour lequel la loi se montre exceptionnellement rigoureuse,

tandis que dans l'interdit *de vi* ordinaire (*quotidianum*), il est expressément ajouté : *cum ille possideret* (§ 40). 3. Si le fermier est dépossédé, le bailleur conserve l'interdit (L. 1, § 22, L. 20, *de vi*), cela seul suffit pour montrer qu'il n'est pas question du fermier de la femme.

VANGEROW, § 199, qui nie également que la femme ait la possession juridique, explique l'interdit en invoquant deux motifs tout spéciaux : 1. parce qu'au moins elle ne possède pas au nom d'autrui, comme le fermier ; 2. parce que sans cela personne n'aurait le droit d'agir. Mais la détention en son nom personnel serait déjà une possession juridique, et la circonstance que personne autre n'aurait de droits n'est pas un motif suffisant pour attribuer à la femme cette espèce de *res nullius*. Les mots : « *quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus ubi noluit possidere protinus amiserit possessionem?* » de la L. 1, § 4, *de poss.*, supposent, d'après la L. 34 pr. in f. *eod.*, une renonciation conditionnelle au profit de la femme.

D'après ZIELONACKI (p. 63), les mots « *nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet,* » ne signifient pas que l'interdit *de vi* appartienne au détenteur, ce qui serait une erreur ; il faut les prendre impersonnellement, de sorte que « la *dejectio* est un fait qui peut aussi se poser à l'égard du détenteur. » Mais cette proposition très-évidente aurait dû être exprimée différemment, par exemple par les mots *ad dejectionem pertinet.*

NUM. 22.

(P. 59, ligne 8 des notes.)

A la citation de la L. 46, *de don. int. vir. et uxor.*, ajoutez la L. 13, § 1, *de hered. pet.*

NUM. 23.

(P. 38, addition à la note 1.)

PFEIFER (p. 44) entend par *donatio possessionis* le *precarium* et cite à l'appui la L. 1, §§ 1, 2, *de precario*, qui prémunit précisément contre cette confusion.

NUM. 24.

(P. 39, à la fin de la note 2.)

Il faut en dire autant des auteurs suivants :

1. PFEIFER (p. 35-46), qui regrette que Savigny n'ait pas compris cette règle.

2. HUSCHKE (*Zeitschr. für gesch. Rechtswiss.*, XIV, 1848, p. 195-201); cet auteur ajoute une troisième application, impossible à deviner, qui concernerait l'action en pétition d'hérédité.

3. LEVI DE HARTOG *ad regulam Nemo*, etc. (*L. B.*, 1859, 87 pages in-8°) qui défend longuement l'application qu'on en fait généralement en pratique.

4. SCHIRMER dans *Linde's Zeitschr.*, nouvelle série, XI (1854), p. 433-464. Il entend par *causa* non pas le commencement, mais le caractère légal de la possession, et l'ancien adage n'est pour lui qu'un avertissement vague et général de ne pas considérer la possession comme dépendant uniquement du caprice subjectif du possesseur. Voyez les objections que lui fait BARON dans *Ihering's Jahrb.*, VII, p. 156-160.

5. M. LEVY (*Linde's Zeitschr.*, nouvelle série, XIX, 1862, p. 354, note 11, p. 359, note 19), considère l'ancienne règle comme équivalant à l'exclusion de toute usucapion par rapport

aux *res furtivæ, vi possessæ,* et à la *malæ fidei possessio.* Il est, ainsi que Stintzing, convaincu que le droit ancien n'exigeait pas la bonne foi pour pouvoir usucaper, et il semble, comme ce dernier auteur, ne pas savoir du tout que l'usucapion de l'hérédité n'a été introduite que plus tard par le développement de la science (*jus civile*) pour suppléer à ce que la délation légale avait d'insuffisant (GAIUS, III, 18-25). Elle est par là même quelque chose de tout exceptionnel, et c'est précisément cette *scientia* et cette *improbitas* (GAIUS, II, 55, 56) qui rendirent nécessaires les restrictions qui dans l'ancienne usucapion régulière s'entendaient de tout temps d'elles-mêmes.

NUM. 25.

(P. 62, ligne 14.)

PFEIFER (p. 35, 47) méconnaît complétement le sens de ces mots, lorsqu'il y voit une exclusion de l'application au *bonæ fidei possessor,* en se fondant sur ce que, sans cela, Julien se contredirait. Il s'agit de la nouvelle usucapion lucrative et non pas de l'ancienne.

NUM. 26.

(P. 62, à la note 1.)

Après les mots « moins précis, » ajoutez : L. 10 in f. *si pars;* après §§ 19, 20, ajoutez : L. 18 pr.; après L. 19, § 1, *de poss.*, ajoutez : L. 30, § 2, *de usurp.;* après L. 6, § 3, ajoutez : L. 22 pr.; et à la fin, ajoutez : L. 23, C., *de loc. et cond.*, et L. 5, C., *de poss.* Dans tous ces passages, on ne saurait méconnaître qu'une extension du principe a donné lieu à des *responsa* subséquents.

Cassius y rattachait déjà la règle que la possession sans titre de la femme donataire (*pro possessore*) ne pouvait par le divorce se transformer en une possession apte à produire l'usucapion. Mais Julien réconnaît seulement que la femme acquiert (L. 1, § 2, *pro donato*) ; malgré cela, il maintient que, dans la pensée des anciens jurisconsultes, le sens de la règle était seulement d'exclure l'usucapion lucrative *pro herede* (et l'*usureceptio*) : L. 33, § 1, *de usurp.* : « *nec* VIVO *nec* MORTUO *domino.* » L'interprétation vulgaire (*vulgo respondetur*) péchait tellement contre la maxime qu'il ne faut pas induire d'une règle un principe de droit (L. 1, *de reg. juris*), qu'elle faisait violence à chaque mot de la règle. L. 5, C., *de poss.* (*nemo*); L. 18 pr., D., *eod.* (*sibi*); L. 3, §§ 19, 20, *eod.* (*ipse*); L. 23, C., *de locato*, et d'autres encore.

L'explication de l'auteur trouve une confirmation toute spéciale, et que l'on n'a pas suffisamment remarquée jusqu'ici, dans l'espèce citée par Papinien, *lib.* 6, *Quæstionum*, L. 10, *si pars.* Un fils de famille dont le père absent est institué héritier pour partie, prend possession de cette partie de l'hérédité, afin de l'administrer au nom de son père. Il se trouve que le père était mort avant l'ouverture de la succession et que par conséquent sa part héréditaire était acquise à ses cohéritiers; mais le fils ignore cette circonstance et ne peut dès lors songer à posséder cette part héréditaire pour lui-même, en qualité d'héritier ou de possesseur d'hérédité sans titre; c'est pour cela qu'il est simplement considéré comme gérant d'affaires des cohéritiers du père. Mais que décider s'il apprend la mort de son père, et s'il prétend dès ce moment s'attribuer à lui-même cette part d'hérédité comme héritier de son père, en soutenant à cette fin que son père a survécu au testateur, et a réellement acquis de cette manière sa portion dans l'hérédité? On pourrait croire que la

règle *nemo sibi causam* devrait empêcher cette transformation de la possession, d'autant plus qu'elle s'applique même à la détention du gérant d'affaires. Mais deux motifs font décider le contraire. D'abord le gérant d'affaires qui veut s'attribuer comme héritier le prix de vente de choses dépendant de la succession s'empare non pas d'un droit de propriété, mais d'une créance, d'une obligation; il a dès lors non pas une *corporis possessio*, mais une simple *juris quasi possessio* qui ne peut jamais conduire à l'usucapion; en second lieu, en sa qualité de débiteur de la succession, il doit répondre à l'action en pétition d'hérédité, et il lui est dès lors, dans tous les cas, impossible de s'enrichir de cette manière. — Il en résulte donc que Papinien lui-même maintient encore l'application de la règle à l'ancienne *improba usucapio lucrativa*.

NUM. 27.

(P. 62, ligne 21.)

HARTOG (p. 4, note 5) ne conçoit pas pourquoi le détenteur ne pourrait usucaper, puisque tout tiers le peut, même sans avoir la détention. Mais l'usucapion par un tiers, par un cognat par exemple, ne fait que suppléer à la délation d'hérédité; celle du détenteur au contraire violerait une obligation appartenant à la succession, et cette violation ne se justifie que lorsque le détenteur prétend s'attribuer la succession en qualité de *juris possessor*. L. 10, *si pars;* L. 13, § 15; L. 16 pr., *de hered. pet.;* L. 7, C., *eod.*

D'après ZIELONACKI (p. 65), la L. 2, § 1, *pro herede* ne peut absolument pas se concilier avec l'opinion de Savigny, puisque sans cela la phrase finale, qui ne parle évidemment que du

simple détenteur et non pas du possesseur *ad interdicta*, ne saurait se rattacher logiquement à la phrase précédente. « Qui pourrait songer à s'exprimer de la manière suivante : Ni le possesseur *ad usucapionem* ni le possesseur *ad interdicta* (?) ne peuvent s'attribuer de leur propre autorité le titre qui doit fonder l'usucapion; par conséquent de simples détenteurs, tels que le locataire, le dépositaire, le commodataire, etc., ne peuvent usucaper les choses qu'ils détiennent au moment de la mort du *de cujus*. » Les exigences de la logique se seraient trouvées satisfaites si, en parlant de la *naturalis possessio* par opposition à la *civilis possessio*, Zielonacki avait pensé, non pas seulement au possesseur *ad interdicta*, mais en général à tout possesseur qui ne possède pas *ad usucapionem*. Son objection, consistant à dire que l'on passe complétement sous silence le possesseur *ad interdicta*, se réfute suffisamment par ce fait que le voleur possédait déjà *pro possessore*, et qu'il n'avait dès lors aucun besoin d'une *mutatio possessionis* pour pouvoir usucaper *pro herede lucri faciendi causa*. Mais quant au détenteur, il lui manque même l'*animus sibi habendi* requis pour pouvoir usucaper; cet *animus* ne peut se produire qu'en transformant la possession, transformation qu'on n'admit pas, parce qu'elle impliquerait la violation d'une obligation, c'est-à-dire une mauvaise foi particulièrement grave que cette règle a précisément pour but d'exclure : L. 33, § 1, *de usurp.* « *Cum hæc igitur accipiantur in ejus persona qui possessionem habet : quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec vivo,* NEC MORTUO *domino ullam possessionem habet?* » Il en est donc autrement lorsque le fermier achète la chose, parce qu'alors il ne change pas de sa seule autorité son titre de possession : « *et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo qui existimabat se heredem ejus,*

vel bonorum possessorem esse : incipiet pro emptore possidere. »

Baron (1) pense qu'il ne faut pas attribuer à Julien la phrase : « *Quod vulgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis sed etiam naturalis intelligatur;* » elle aurait été intercalée par les compilateurs. Les mots : « *Et propterea responsum est neque colonum neque eum apud quem res deposita est aut cui commodata est lucri faciendi causa pro herede usucapere posse* » se seraient trouvés dans le texte original de Julien à la suite de la L. 33, § 1, *de usurp.*, et l'on aurait supprimé entre ces deux passages l'exemple de l'institution testamentaire par le propriétaire ou du locataire acheteur de bonne foi. — L'auteur tenait à établir qu'aucun jurisconsulte classique n'avait appliqué au détenteur la règle *nemo sibi causam* (p. 161, 162). Le moyen le plus simple d'y arriver lui parut de remplacer le *propterea* du jurisconsulte par « au contraire, » mais le § 2, « *filium* QUOQUE *donatam rem a patre pro herede negavit usucapere Servius :* SCILICET *qui existimabat* NATURALEM POSSESSIONEM *penes eum fuisse,* » prouve que Julien avait réellement commencé par ces mots. Indépendamment de ces objections que l'on peut faire au procédé de l'auteur, le principe qu'il veut établir est aussi dénué de toute vraisemblance intrinsèque. Non-seulement il n'existe aucun motif de faciliter ainsi au détenteur l'usage de l'*improba usucapio* (2); mais, de plus, le refus d'accorder au locataire l'*usureceptio* (GAIUS, II, 60) prouve précisément que l'on ne songeait nulle-

(1) *Beitrag zum Verstændniss der Regel « Nemo sibi causam possessionis mutare potest » Ihering's Jahrbücher*, VII, n° III, § 13, p. 155-162.

(2) L'infidélité du dépositaire (L. 1, § 2. L. 67, pr. *de furtis.* L. 3, § 18, *de poss.*) n'a rien de commun avec la règle : *nemo sibi causam.*

ment à accorder une prime à l'infidélité de ces personnes qui se substituent au véritable héritier (1).

NUM. 28.

(P. 66, à la fin de la note 2.)

PFEIFER, p. 34, dit « qu'au moyen d'une absurdité, Savigny veut en légitimer une autre ; — que l'intelligence la plus bornée n'hésiterait pas à reconnaître la déraison de tout cela, et que si jamais une loi voulait ne permettre l'action *ad exhibendum* que contre le possesseur *ad usucapionem,* personne sans doute n'hésiterait à la proclamer absurde. » Mais alors comment Javolenus (qui souffrait, il est vrai, quelquefois d'aliénation mentale, à ce qu'on assure, mais que Pfeifer lui-même ne rangera pas sans doute parmi les intelligences les plus bornées) prescrit-il de ne pas intenter l'action *ad exhibendum* contre le possesseur *ad usucapionem?* (L. 16, *de usurp.*). — Voici la vérité : L'action *ad exhibendum* fut introduite, comme Puchta l'a fait observer depuis longtemps, pour préparer l'action en revendication et pour interrompre l'usucapion, de telle sorte que la production d'une chose que l'on usucape n'est considérée comme satisfaisant à l'action *ad exhibendum* que lorsque le possesseur déclare ne pas vouloir se prévaloir de l'usucapion dans le procès en revendication (ULPIEN, L. 1, 2 ; L. 7, § 3 ; L. 9, § 6, *ad exhibendum*). D'après cela, le véritable défendeur serait le possesseur *ad usucapionem* et le contre-revendiquant (*possessor*). Mais celui

(1) L. 30, § 3, *de poss. : quod pro emptore possideo, per colonum etiam usucapiet heres meus.* » CICERO, *pro Cæc.*, 32, 94 : « *dubium non est, quin, si Cæsennia tum possidebat, cum erat colonus in fundo, post ejus mortem heres ejus eodem jure possideret.* »

qui détient la chose matériellement peut seul l'exhiber et la restituer. Voilà pourquoi on admit l'action *ad exhibendum* et la revendication contre tout détenteur : L. 9, *de rei vind.*; L. 5, § 6; L. 7, §§ 1, 2, *ad exhibendum*. De là naquit le doute sur la question de savoir si le possesseur d'un gage peut être actionné de cette manière, doute qu'Ulpien veut écarter dans les passages cités.

§ 8.

POSSESSIO JUSTA, BONÆ FIDEI, ETC.

NUM. 29.

(P. 83, à la fin de la note 1.)

Des recherches étymologiques se trouvent dans l'écrit publié par J. GRIMM à propos du 50e anniversaire du doctorat de M. de Savigny (*Das Wort des Besitzes. Eine linguistische Abhandlung.* Berlin, 1850).

MOLITOR, p. 18, dit à ce sujet : « En effet la particule *po*, qui n'est usitée en latin que jointe à un autre mot, tend à renforcer, comme les particules ποτὶ, πρὸς, d'où elle dérive, l'action ou l'idée exprimée par le mot principal ; de telle sorte que si *sedere* veut dire s'asseoir, *possidere* signifie *sedes ponere, insistere*. En allemand et en flamand, la particule *be*, dans *besitzen*, joue le même rôle que *po* en latin. Il en est de même du grec κατοχή, etc. »

Le « critique prussien » de la 6e édition (p. 72) a complétement méconnu le sens de la L. 15, § 1, *qui satisd. cog.*; il soutient qu'il y est question de propriété divise ; celui *qui solam proprietatem habet* est appelé par lui le propriétaire (« *Eigner* » *proprietarius*) et l'emphytéote aurait aussi bien que ce propriétaire la possession de la chose : voilà pourquoi tous deux auraient reçu les interdits.

§ 9.

ÉLÉMENTS SUBSTANTIELS DE LA POSSESSION.

NUM. 30.

(P. 88, ligne 17.)

Voici comment PFEIFER, p. 65, cite ce passage : « Savigny dit que pour être possesseur il faut exercer le droit de propriété avec l'intention de l'exercer comme sien propre et non pas comme appartenant à autrui. » Pfeifer ajoute : « Je suis si abasourdi de tout cela qu'il me semble qu'une roue de moulin me tourne dans la tête (1). Peut-on donc exercer sur une chose la propriété d'autrui?! On peut sans doute exercer le droit de propriété sur la chose d'autrui, — mais je ne saurais concevoir ce que c'est qu'exercer sur une chose le droit de propriété d'autrui. » — Lorsqu'on ne cite pas mieux et qu'on ne raisonne pas avec plus d'exactitude, il ne faut guère s'étonner que l'auteur soit réduit à un état mental si digne de compassion.

NUM. 31.

(P. 89, à la fin de la note 2.)

BOECKING (2) et après lui LENZ (p. 102) remarquent avec beaucoup d'exactitude que Théophile exprime la possession (τὸ νέμεσθαι) seulement par les mots : τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν, c'est-à-dire *animo* DOMINANTIS *tenere*, tandis que l'expression *animo* DOMINI *tenere* ne se trouve que dans la traduction latine (Fabrot, éd. Paris, 1638), et ce n'est que dans l'édition alle-

(1) Paroles de l'écolier à Méphistophélès dans la 1re partie de *Faust* de Gœthe, traduction d'Henri Blaze. (Note du traducteur.)

(2) *Pandekten*, § 123, note 7.

mande (Wustemann, II, 259) qu'elle est rendue par « l'intention de devenir propriétaire (1). » Les jurisconsultes romains disent purement et simplement *animus*, ou bien ils y ajoutent *possidendi, possidentis,* ou *possessionis* (L. 1, § 20; L. 3, §§ 1 et 12; L. 8, L. 18, § 3, *de poss.;* L. 41, *de reb. cred.*); d'autres fois ils disent *affectio* ou *affectus possidendi, tenendi, affectus animi* (L. 1, § 3, L. 3, § 3, *de poss.;* L. 3, C., *eod.*); *sensus* (*consensus*) *accipiendi possessionem* (L. 32, § 2, *eod.*), *propositum possidendi* (L. 18, § 3, *eod.*); jamais ils ne disent *animus domini.* Cette observation n'a cependant qu'une valeur terminologique secondaire : car la L. 3, § 7, *uti poss.*, dit : « *in quo* (*cœnaculo*) *alius* QUASI DOMINUS *moretur,* » pour exprimer la possession que l'on exerce à titre de propriétaire par opposition à celle du superficiaire, ce qui justifie suffisamment l'expression *animus domini.*

NUM. 32.

(P. 91, à la fin de la note 1.)

La L. 18, § 15, *de damno infecto,* mentionne un *utile interdictum unde vi* du propriétaire bonitaire.

NUM. 33.

(P. 92, à la fin de la note 2.)

FRONTINUS, *pag.* 36, *v.* 8-15, LACHMANN : « *vindicant tamen inter se non minus fines* EX ÆQUO (donc pas *ex jure Quiritium;* voilà pourquoi ces mots manquent dans la formule) *ac si privatorum agrorum* (*essent*). »

Le doute de Frontinus relativement aux interdits, p. 36, v. 13-15 : *Videbimus tamen an interdicere quis possit de ejusmodi*

(1) *Mit der Absicht Eigenthümer zu werden.*

possessione, concerne tout au plus la formule non modifiée ; car l'admissibilité en elle-même n'était pas contestée : *Fragm. Vat.*, § 312, L. 18, § 15, *de damno inf.*

NUM. 34.

(P. 95, à la fin de la note 1.)

Il n'est toutefois pas certain que le second passage se rapporte au bail à rente; l'ensemble du passage semble plutôt indiquer les fonds provinciaux. RUDORFF, *Gromat. Institutionen*, § 67, p. 419.

NUM. 35.

(P. 101, à la fin de la note 1.)

LENZ (p. 102), KIERULFF (p. 352, 353) et BOECKING (*Pand.*, § 123, note, p. 450) n'admettent dans la possession originaire, comme dans la possession dérivée, qu'une seule et même volonté de posséder, celle d'avoir et de garder la chose. — Mais cette volonté manque-t-elle donc au propriétaire qui donne sa chose en gage? Ou bien faut-il aller jusqu'à admettre avec les jurisconsultes plus anciens une *possessio in solidum?*

NUM. 36.

(P. 105, à la fin de la note 1.)

Les documents sur la tradition d'un monument funèbre par la remise de la clef ne sont contraires qu'en apparence seulement ; Orelli, n. 4358. « *Ollaria*, n. IIII, *cineraria*, n. LIII. — *que sunt in monumento — donationis causa mancipio accepit M. Herennius Agricola de T. Flavio Artemidoro HS. N. I (sestertio nummo uno)* — INQUE VACUAM POSSESSIONEM EARUM OLLARUM ET

CINERARIORUM *T. Flavius Artemidorus Herennio Agricolæ* IRE AUT MITTERE *ossaque inferre permisit, sacrumque, quotiens facere vellit Herennius Agricola heredesque ejus, permisit,* CLAVISVE EJUS MONUMENTI POTESTATEM FACTURUM SE DIXIT. » Car, comme on conserve à ce monument sa destination antérieure, la *vacua possessio* ne saurait désigner une possession profane et privée.

LENZ (p. 91) trouve un cercle vicieux dans l'explication donnée par l'auteur, et soutient que nous ne pouvons vouloir posséder des objets que nous savons soustraits à l'action de notre volonté. Mais les voies de droit qui remplacent l'*actio negatoria* et les interdits possessoires prouvent que ces objets ne sont pas soustraits à notre volonté d'une manière absolue, mais seulement au domaine de la propriété privée et à tout usage profane (L. 2, § 2, *de rel.*; L. 1 pr., § 5, *de mortuo inf.*). La raison se trouve donc dans le but spécial auquel la loi positive les destine, ce que Lenz, il est vrai, refuse d'admettre.

NUM. 37.

(P. 111, à la fin de la note 1.)

ARNDTS (*Linde's Zeitschr.*, 1847, nouvelle série, III, 9) nie aussi, et avec raison, la possession dérivée de l'emphytéote, tandis que BRUNS (p. 10) considère à tort la possession du superficiaire comme une possession à titre de propriété, par le motif que le superficiaire aurait l'interdit *de vi* contrairement à la règle *de mero jure nemo detrudi potest.* — Comme la *superficies* est un *corpus*, et que les mots *cum ille* POSSIDERET ne se trouvent plus dans la nouvelle formule de l'*interdictum quotidianum*, on ne peut plus objecter contre l'application au superficiaire la circonstance qu'il ne possède pas à titre de propriétaire,

Num. 38.

(P. 113, à la note 2.)

En examinant la chose de plus près, il se trouve cependant que Rosshirt considère l'idée de la possession dérivée comme une fiction dangereuse, tandis qu'elle est au contraire une vérité incontestable.

Num. 39.

(P. 118, à la fin du § 9.)

Avant d'exposer les opinions sur la possession dérivée qui se sont fait jour depuis la publication de la 6e édition, il convient de présenter une observation générale.

La possession protégée par la loi étant un avantage évaluable en argent et analogue à un droit, devient par là même un objet de transactions sociales, et donne effectivement lieu aux affaires les plus diverses, selon les divers buts pratiques qu'il s'agit d'atteindre.

Lors donc que le propriétaire veut conserver la possession, et assurer seulement à son créancier le droit de prise de possession, il scinde la détention et la protection possessoire que la loi y attache, et accorde au créancier soit la simple appréhension (*pactum de ingrediendo*), soit le droit à la protection légale contre tout acte de violence (*interdictum adipiscendæ possessionis*) en lui constituant une hypothèque.

Mais souvent, et dans des cas importants, c'est la possession même que l'acquéreur aura en vue, et le possesseur n'aura peut-être pas d'objection à s'en dépouiller. A cet effet, il fallait recourir à l'une des transactions mentionnées au § 5, p. 24, notes 3-5,

transactions par lesquelles on ne transfère pas, il est vrai, la possession elle-même (car cela ne se concilierait guère avec sa nature), mais par lesquels on l'abandonne, on la laisse à un autre (1).

Une telle transaction peut intervenir même entre le propriétaire qui ne possède pas et le possesseur. Du moment que la convention a pour objet, non pas la propriété, mais seulement la possession qui manque au propriétaire, la règle *rei suæ emptio*, etc., *non valet*, ne s'oppose nullement à la validité de l'acte.

L'intérêt pratique que le propriétaire peut y avoir ne consiste pas dans l'usucapion, dont il n'a nul besoin, mais dans la protection de la possession et de la quasi-possession par les interdits qui supposent une durée plus longue (2). Tel est pour les choses mobilières l'ancien interdit *utrubi* (3), et pour les immeubles l'interdit *de itinere* et l'interdit *de aqua* (4). Depuis que Justinien a décidé que la possession actuelle suffirait pour le premier de ces interdits, l'*accessio possessionis* de l'interdit *utrubi* a été, il est vrai, transférée par interpolation à l'usucapion, et l'intelligence de la matière en est devenue beaucoup plus difficile.

Si maintenant, après cette observation générale, nous revenons à la possession dérivée, il est nécessaire non-seulement de faire abstraction de tous les troubles que l'on peut apporter à la possession, mais aussi d'écarter deux genres de transactions, savoir

(1) L. 1, § 4, *de poss.* : « *si vir uxori* CEDAT POSSESSIONE *donationis causa, plerique putant possidere eam...* »

(2) L. 34. § 4, *de contr. empt.* « *ut possessionem emas... et in judicio possessionis potior esses* » Cf. L. 11, § 13, *de act. empti.*

(3) GAIUS, IV, 151. ULPIEN, 72, *ad edictum.* L. 46, *de don. int. vir. et ux.*, et toute la L. 13, *de poss.*

(4) L. 3, § 10, *de itin.* L. 1, § 37, *de aqua quotid.*

les aliénations irrévocables de la possession, comme la vente et la donation, et l'abandon de la possession purement naturelle, passive, dénuée de droits, c'est-à-dire de la détention, comme le commodat, le dépôt, le louage, le précaire ne concernant que la seule détention. Dans ces deux hypothèses, les rapports de possession restent dans leur état normal : dans la première, l'acquéreur devient seul possesseur, et son prédécesseur cesse complétement de l'être; dans la seconde, c'est précisément l'inverse, l'ancien possesseur conserve la possession et la fait seulement exercer par un autre en son nom.

La possession dérivée se trouve donc seulement dans les cas de transmission révocable de la possession juridique pour un certain temps (*ad diem*), sous une condition résolutoire (*ad conditionem*) ou sous l'obligation de restituer.

Lorsque la durée de cet abandon dépend uniquement du bon plaisir de l'ancien possesseur, il se produit quelque chose d'analogue à la concession d'un pécule : l'acquéreur de la possession n'a pas de droit à faire valoir contre celui qui la lui abandonne, tandis que ce dernier, si le cessionnaire voulait lui enlever doleusement la possession, pourrait agir en restitution, puisqu'il conserve le droit à la protection possessoire. A l'égard des tiers, c'est, il est vrai, le cessionnaire qui a les interdits; mais comme l'ancien possesseur peut à chaque instant rétracter la concession, tant que le cessionnaire ne l'a pas dépossédé, il peut aussi agir lui-même immédiatement contre les tiers et ne pas attendre que le cessionnaire agisse. Cet état de choses se présume lorsque la possession a été concédée à la demande du cessionnaire (*precarii rogatio*), pourvu que la demande n'ait pas eu pour objet la seule détention, mais aussi le droit de protection contre des tiers (*rogatio, ut possideret, non ut in possessione esset*).

La cession produit d'autres effets lorsque l'acquéreur obtient le droit de conserver la possession jusqu'à un moment déterminé ou jusqu'à l'arrivée de tel événement, par exemple dans la *fiducia* et le *pignus* jusqu'au payement de la dette garantie, dans le séquestre jusqu'à la décision du procès ou du pari. Dans ces cas, il y a une aliénation temporaire de la possession, ou une aliénation affectée d'une condition résolutoire. Seulement la restitution est de plus garantie par un lien obligatoire; dans la *fiducia* et dans le dépôt, elle l'est par un engagement d'honneur, et même dans le *precarium* on admet l'existence d'une obligation fondée sur la confiance et la bonne foi, mais sans effets infamants.

On a proposé d'employer ici l'expression de « possession confiée, » pour distinguer ces cas de ceux où la possession est irrévocablement transmise. Mais comme dans ces derniers la possession est plutôt complétement cédée que simplement dérivée, il n'y a pas, croyons-nous, de motif suffisant de s'écarter du terme technique consacré.

Les effets réguliers de ces concessions révocables devraient être les suivants :

En premier lieu, le cédant devrait perdre complétement, pendant toute la durée de cette concession, la possession qu'il avait à titre de propriétaire, et, le terme arrivé, il devrait la récupérer soit immédiatement (1), soit par rétrocession (2).

En second lieu, il faudrait reconnaître au créancier gagiste, à côté de la possession du gage qui lui est abandonnée, une autre possession du droit lui-même : *juris quasi possessio*.

(1) L. 6, pr., *quib. mod. pign. solv.*
(2) L. 17, § 1, *de poss.*

L'inutilité pratique de cette seconde conséquence est évidente, puisque chacune de ces deux possessions suffit à elle seule pour assurer la détention et la protection possessoire.

Il s'agit donc seulement de savoir si la cession de la possession à titre de propriétaire implique une anomalie?

Quelques jurisconsultes, qui sont d'accord avec l'auteur de la présente dissertation pour répondre affirmativement à cette question, ont voulu faire ressortir spécialement cette anomalie en remplaçant les termes « possession originaire et dérivée » par les expressions « possession régulière et irrégulière, » ou « possession proprement dite et improprement dite. » Mais comme ces dénominations générales n'expriment pas la cause de l'anomalie, il convient, pensons-nous, de protéger aussi la terminologie consacrée contre cette tentative de troubler sa possession.

La nécessité d'admettre dans le chef du cédant une dérogation aux principes généraux résulte de ce que, en sa qualité de débiteur d'une dette garantie par gage, il n'a pas d'interdits, malgré son *animus*, et de ce qu'il peut usucaper quoiqu'il ne possède pas.

La possession du cessionnaire est tout aussi exceptionnelle. Il n'a pas la *juris quasi possessio* qu'il devrait avoir. Il n'est pas *quasi possessor* du *jus pignoris*, mais du *jus possessionis*. La possession à titre de propriétaire, possession qu'il ne devrait pas avoir, il l'a du moins *ad interdicta :* et malgré cette position indépendante, il n'en est pas moins, comme un *procurator in rem suam*, le représentant du *dominus* en ce qui concerne l'usucapion, qui sans cela serait complétement impossible.

Il faut donc bien, contrairement à la règle générale du § 11, admettre pour ces deux personnes une copossession solidaire, du moins à un point de vue relatif.

Si les auteurs les plus récents, au lieu de n'accorder leur

attention qu'à la possession confiée au cessionnaire, avaient pris à cœur la note 2 de la page 99, et envisagé la question dans son ensemble, ils se seraient épargné quelques essais infructueux de nier l'existence de cette anomalie.

Voici les principaux de ces auteurs :

PFEIFER (p. 69) croit que la cession d'une action, sans transmission du droit que cette action a pour but de faire valoir, serait quelque chose d'inouï. Or, quoique déjà depuis quelque temps, c'est-à-dire depuis la *lex Ælutia*, les *procuratores* ne soient plus quelque chose d'inouï, nous pensons que Pfeifer peut se tenir pour satisfait, puisque, d'après notre auteur, ce n'est pas l'action, mais la possession elle-même qui se trouve transmise dans les cas de possession dérivée. D'après PFEIFER (p. 76, 89), la monstruosité d'une possession dérivée ressortirait de la L. 36, *de poss.*, d'après laquelle le créancier gagiste serait si bien possesseur juridique dans toute la rigueur des principes, et non pas en vertu d'une exception, que le propriétaire ne pourrait disposer de la chose que grâce à son autorisation. Un examen un peu moins superficiel lui aurait montré qu'il y avait là, à côté de la possession dérivée, une possession originaire *ad usucapionem*, qui ne devait pas se trouver interrompue par la possession précaire résultant du gage.

BRUNS (§ 2) admet le caractère anomal de la possession dérivée, en ce sens qu'il refuse de reconnaître la possibilité d'une transmission du droit de possession à de simples administrateurs, par exemple au locataire. Mais il range parmi les cas de possession dérivée plusieurs cas de quasi-possession. Or, comme c'est là tout autre chose, il n'est pas étonnant qu'il renonce à exposer d'une manière satisfaisante et convaincante le principe sur lequel repose dans ces divers cas l'existence d'une possession, et le

rapport entre cette possession et la propriété. Il finit même par abandonner en quelque sorte la possession dérivée en admettant une simple détention là où il n'y a pas d'*animus*.

ZIELONACKI (p. 14, 15, 72) ne diffère de Savigny qu'en ce qu'il base la possession dérivée non-seulement sur la volonté du propriétaire, mais aussi sur l'autorité de la loi; dès lors, la transmission de la possession ne dépendrait du propriétaire que d'une manière médiate et indirecte. L'inexactitude de cette idée résulte déjà de ce qu'on peut à volonté abandonner au *precario rogans* soit la possession, soit la simple détention. Seulement il est vrai que la transmission n'est pas arbitrairement permise : elle doit être légitimée, sinon par la loi, du moins par la coutume fondée sur les exigences de la pratique. Il faut aussi reconnaître que cet auteur évite l'erreur commune qui consiste à confondre la transmission et la succession en matière de possession, et à déclarer la première impossible parce que la seconde répugne à la nature intime de la possession.

LENZ (p. 140 et s.) n'admet d'anomalie ni sous le rapport de la volonté de posséder, ni pour l'intransmissibilité de la possession dérivée. La possession ne serait intransmissible que parce que tous les droits le sont (p. 52). L'anomalie de la possession dérivée consiste seulement en ce qu'elle n'est transmise que jusqu'à révocation, c'est-à-dire pour un laps de temps seulement, et sous condition. Mais comme ces restrictions peuvent se présenter exactement de la même manière dans toute transmission de droits, elles ne renfermeraient jamais rien d'anomal. De plus, il est clair que Lenz méconnaît ici aussi complétement la nature première et originaire de la possession qui ne prend un caractère juridique que lorsqu'elle est dérivée.

BARON (*Abhandl.*, 1860, p. 10, 13, 15) méconnaît le sens du

mot *fait* (« *Zustand* ») qui se trouve employé aux pages 2 3 et 88 ; il en conclut que, dans l'opinion de Savigny, la détention en droit romain serait un fait sans aucune participation de la volonté. Ce malentendu ne peut être imputé à notre auteur, puisqu'il emploie le même terme pour désigner la possession et la propriété, qui certes impliquent un acte de volonté. Or, Baron, en adoptant cette prétendue manière de voir de Savigny, accuse le droit romain d'une faute grave contre la logique, puisque ce droit refuse au détenteur (locataire, commodataire) la protection possessoire contre les tiers, alors que ce détenteur a cependant la volonté d'exclure de la possession tout autre que son auteur. La possession dérivée aurait, il est vrai, pour effet de corriger ce prétendu manque de logique ; mais elle renferme une anomalie qui ne peut trouver place dans un système, développement logique d'un principe de droit supérieur. La solution de la question ne se trouve, selon Baron, que dans le *summariissimum* du détenteur, ou dans la protection que le droit prussien accorde à celui qui occupe la chose (« *Inhaber* »). — Or, en réalité, le droit romain est si éloigné de nier l'acte de volonté du détenteur, qu'au contraire il déclare impossible l'acquisition de possession par un détenteur dénué de volonté (L. 1, §§ 9-14 ; L. 3, § 10, *de poss.*). Ce qui manque au détenteur, c'est seulement la volonté de s'attribuer la chose en propre : *animus rem* SIBI *habendi*. Aussi longtemps que l'on considérera comme raison d'être de la protection possessoire, non pas la volonté en général, mais la volonté d'avoir pour soi, il faudra, pour être conséquent, protéger le possesseur et refuser toute protection au simple détenteur. Dès lors, si le débiteur, propriétaire du gage, n'a pas d'actions possessoires, le motif ne peut se trouver que dans la renonciation qu'il a faite au profit du créancier gagiste, car sans cette

renonciation, la prétention de ce dernier renfermerait une violation de la possession que le débiteur repousserait victorieusement au moyen de ses actions possessoires. On ne peut objecter que de pareilles renonciations ne se rencontrent pas partout, notamment pas dans le bail temporaire et dans le dépôt; car du moment qu'on ne voit pas dans ces actes juridiques de simples obligations, inconciliables avec la possession (1), comme par exemple l'ancienne *fiducia cum amico contracta* (GAIUS, II, 60), il devient possible d'y supposer une transmission de possession. La possession dérivée ne renferme donc une anomalie qu'au seul point de vue de la possession juridique, anomalie qui, dans le gage, s'explique par la *fiducia cum creditore contracta;* et qui, dans l'emphytéose et la superficie, n'a pas besoin d'explication, parce qu'elle n'y existe pas. Au point de vue de la détention, au contraire, la possession dérivée est la seule voie juridique à suivre pour constituer correctement la possession du créancier gagiste, du séquestre et du *precario rogans*. Toute manière de baser cette possession sur la volonté du détenteur et sur une violation du droit provient de certaines notions particulières à la philosophie du droit, notions que l'on ne devrait pas mêler à ces matières toutes juridiques : le droit ne connaît d'autre logique que la logique du droit.

(1) L. 1, § 1, *de superfic.* « *Melius est possidere potius quam in personam experiri.* »

§ 10.

HISTOIRE LITTÉRAIRE DE LA NOTION DE LA POSSESSION.

NUM. 40.

(P. 150, à la fin du § 10.)

Depuis la 6e édition, la question a été examinée par les auteurs suivants, qui en général partagent l'opinion du Cuperus :

VANGEROW (*Pandekten*, § 99) entend par *civilis possessio* la possession qui produit des effets en droit civil, que ces effets se basent d'ailleurs sur le *jus civile* dans le sens restreint, ou sur le droit prétorien. Dès lors *civilis possessio* devrait désigner la possession juridique et la possession dérivée, tandis que *possessio naturalis* désignerait la simple détention. Cependant d'après Vangerow la *civilis possessio* ne comprendrait pas la possession dérivée. Il explique cette inconséquence en disant que le droit des interdits n'est pas ici un droit propre, mais un droit dérivé : argument par lequel on arriverait aussi à prouver que la propriété fondée sur un titre dérivatif n'est pas une propriété véritable. Quant à la possession, l'auteur ajoute encore le motif historique que la terminologie aurait été définitivement fixée avant que les interdits eussent été étendus à la possession dérivée. D'après cela, la possession civile ne serait pas seulement la *possessio ad usucapionem;* elle ne comprendrait cependant pas non plus toute *possessio ad interdicta;* ce serait la possession également reconnue et accompagnée d'*animus domini*. Le possesseur naturel, par contre, serait le détenteur qui n'a pas l'*animus domini* ou qui ne peut pas l'avoir, soit parce que la chose est soustraite au commerce, soit parce que le possesseur

est incapable d'avoir des droits, soit enfin parce que la possession aurait été acquise par une transaction juridique nulle en soi. Mais cette remarque historique, empruntée à BURCHARDI, repose sur l'erreur qui attribue les interdits au droit prétorien et par conséquent au droit civil, dont le droit prétorien fait partie. Cette manière de voir confond la forme extérieure avec le principe même des actions possessoires. Si la protection de la possession contre les actes de violence est attribuée, non pas aux édiles, mais à l'*imperium* du préteur, c'est là sans doute une particularité du droit romain, et il est parfaitement certain que les formules des interdits, en tant que partie intégrante de l'Édit, sont une particularité du droit romain. Mais il est tout aussi certain que le principe fondamental de la protection accordée à la possession permet dans n'importe quelle législation de se défendre contre la violence, et qu'il appartient par conséquent au *jus naturale* et au *jus gentium* (1). C'est dans ce sens que l'on dit, en parlant de la ruse et du dol : *hoc interdictum* (*de precario*) NATURALEM *in se habet æquitatem* (L. 2, §§ 1, 2, *eod.*). En opposition avec ce droit de protection contre la violence ou tout autre acte évidemment injuste, droit consacré par les lois spéciales de toutes les nations, et même par le droit international (sur l'intervention d'une puissance médiatrice), l'usucapion, avec ses délais si restreints et ses rapports intimes avec la propriété bonitaire et publicienne, nous apparaît comme quelque chose de si spécialement romain, que nous pourrions désigner la *possessio ad usucapionem* exclusivement par le terme *civilis possessio, civiliter possidere,* même si nulle part nous ne trouvions ce

(1) L. 1, § 4. L. 5, *de just. et jure.* L. 45, § 4, *ad leg. Aquil.* L. 1, § 27, *de vi.* CICERO, *pro Cæcina,* 11, 33, 13.

terme appliqué à ce genre de possession. Non-seulement c'est le *jus civile* qui crée l'usucapion (1), mais de plus, dans les cas du *civiliter non possidere*, les droits de possession, ou du moins l'usucapion, sont exclus par une règle positive du droit romain en matière de mariage ou d'esclavage, ou par les principes du droit civil sur la possession (*juris scrupulositas nimiaque subtilitas*).

PUCHTA a déjà fait cette objection à Vangerow (2) et si Zielonacki (p. 57), se mettant en opposition avec ce qu'il dit, p. 70, 71, note *, répond que les interdits sont basés non pas dans le *jus gentium*, mais dans le sens moral de l'homme, son observation ne ferait que confirmer ce que nous venons de dire, si elle ne manquait de justesse en confondant le sens moral, base de tout droit, avec cette institution spéciale des interdits, institution de police dont le but est d'empêcher le désordre.

Une preuve décisive, et que l'on n'a pas encore appréciée à sa juste valeur, se trouve aujourd'hui dans les fragments des Institutes d'Ulpien publiés par ENDLICHER (3). A la différence de Gaius qui divise le droit en *jus civile* et *gentium* (GAIUS, I, 1, *quæ singula qualia sunt suis locis proponemus*), Ulpien, après que Caracalla eut aboli les différences des divers droits nationaux, le divise en trois parties : *jus naturale, gentium* et *civile*. Il fait dériver du *jus gentium* : 1. l'affranchissement, 2. les actes juridiques en général et les actes concernant la possession, 3. la protection de la possession par des interdits. La raison pour laquelle

(1) L. 23, pr. *de usurp.* « *Minime* JURI CIVILI *conveniens est ut una res diversis temporibus capiatur.* »

(2) PUCHTA *de civili possessione disputatio. Lipsiæ*, 1839. *Kleine Schriften*, n° 25. Voyez son *Cours d'institutes*, II, 226, note *i*.

(3) HUSCHKE, *Jurispr. ant.*, p. 506, 508, fragm. I, IV et V.

ce témoignage très-remarquable n'a pas été apprécié jusqu'aujourd'hui autant qu'il le mérite, c'est que, par une erreur difficile à concevoir, au lieu de coordonner les interdits aux actes du *jus gentium* et notamment aux stipulations, on les leur a subordonnés.

Vangerow cependant n'invoque pas seulement des motifs généraux; il s'appuie aussi sur des témoignages spéciaux, soit romains soit byzantins.

Les premiers ont été exposés plus haut (§ 7, num. 21); il suffit ici d'une observation générale. Vangerow assimile complétement la prétendue possession exercée par un détenteur incapable de tous droits, ou celle qui a pour objet une *res sacra* ou *religiosa*, possessions que la loi refuse de reconnaître, à celle qui est exercée par une femme donataire de son mari. C'est une erreur complète. Le fils de famille ne peut avoir de droits, ni par conséquent d'interdits, L. 93, *de reg. jur.* « *Filiusfamilias neque retinere* (*neque recuperare*) *neque apisci possessionem rei peculiaris videtur*, » et quant aux *res sacræ et religiosæ*, il y a des interdits spéciaux, parce que la possession privée et ses interdits ne sauraient s'y appliquer. Au contraire, la donation entre époux, nulle en droit civil, donne lieu à un droit de révocation que le donateur exerce par une *condictio* de la possession, mais il n'y a pas nullité de la donation de possession. Cette *res facti quæ jure civili infirmari non potest*, L. 1, § 4, *de poss.*, ce n'est donc pas la détention, et le droit aux interdits à l'égard des tiers n'a pas besoin de cette explication subtile que Vangerow essaye de lui donner (voy. num. 21). La *naturalis possessio* de l'épouse donataire (L. 1, §§ 9, 10, *de vi*) est au contraire cette *possessio ad interdicta* garantie à l'égard des tiers, possession que la disposition prohibitive de la loi civile ne saurait atteindre. Ce qu'elle

atteint et annule ne peut donc, sous peine de contradiction, être autre chose que la *possessio ad usucapionem*, sauf l'*accessio possessionis* dans l'ancien interdit *utrubi*.

Les témoignages byzantins invoqués par Vangerow sont les suivants :

Basil. 50, 2, c. 61 (Heimbach, *tom.* V, p. 54), *Synopsis Basil. ed. Leunclav.*, p. 431, *Harmenopul.* 2, 1, § 2, Νομὴ ἐστὶ φυσικῶς ἡ τοῦ πράγματος κατοχή. κατὰ δὲ τοὺς νόμους νομὴ ἐστὶ ψυχῆ δεσπόζοντος κατοχή. D'après cela, on pourrait, à première vue, croire en effet que la possession naturelle n'est autre chose que le fait purement naturel de la détention, tandis que le mot *possessio* désignerait aux yeux de la loi toute possession accompagnée de volonté et non pas seulement la *possessio ad usucapionem*. Mais ce passage n'est qu'une mauvaise traduction de la L. 10, C, *de poss.* « *Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem, aliam quæ jure consistit, aliam quæ corpore : utramque autem ita demum esse legitimam cum omnium adversariorum silentio firmatur.....* » et ce texte n'a rien de commun avec la distinction entre possession civile et possession naturelle.

Théophile III, 29, § 2, Διαφορὰ τοῦ κρατεῖν καὶ τοῦ νέμεσθαι αὕτη· ὅτι κρατεῖν ἐστὶ φυσικῶς κατέχειν, νέμεσθαι δὲ τὸ ψυχῆ δεσπόζοντος κατέχειν. Ce passage aussi ne fait que relever la différence entre *tenere* et *possidere*.

Théophile IV, 15, § 5, Νεμόμεθα... καὶ δί ἑτέρων ... ὁποῖος ἐστιν ὁ μισθωσάμενος... καὶ ὁ ἔνοικος... ἐκείνων γαρ κατεχόντων φυσικῶς, ἔγω τῷ νόμῳ νέμομαι. Ce passage parle, il est vrai, de possession juridique, et même de *possessio ad interdicta*, à en juger par l'ensemble du texte; toutefois cette possession est qualifiée, non pas de possession civile, mais de possession dans le sens de la loi; tandis que *civiliter possidere* n'est pas désigné

en grec par τῷ νόμῳ νέμεσθαι, mais par πολιτικῶς νέμεσθαι.

Ces textes ne prouvent donc rien en faveur de l'opinion de Vangerow; les textes suivants prouvent contre lui, et constituent deux autorités anciennes et respectables à l'appui de l'opinion exposée au § 7.

Julien *ad* L. 3, § 15, *ad exhibendum* (*Zeitschrift für gesch. Rechtsw.*, XIV, p. 134) : τῶν νομῶν αἱ μὲν εἰσὶ ἔννομοι καὶ πολιτικαὶ, ὥσπερ ἡ ἐπὶ ὀυσουκαπίονι. αἱ δὲ μόνον ἔννομοι, ὡς ἐπὶ τῶν ιντερδίκτων· αἱ δὲ φυσικαὶ ὡς ἐπὶ τοῦ κομμοδάτου καὶ πιγνερατικίας. On distingue ici trois espèces de possession : 1. la possession juridique et civile (*possessio ad usucapionem*); 2. la possession simplement juridique (*possessio ad interdicta*); 3. la possession naturelle (du commodataire et du créancier gagiste, en faisant, comme de raison, pour ce dernier, abstraction de la cession des interdits). Ce passage exprime donc la vérité d'une manière non-seulement complète, mais aussi très-précise.

Schol. ad Basil. 60, 17, *c.* 7, § 7, explique les mots πολιτικῶς νεμόμενος (*sive civiliter sive naturaliter possideat*, L. 1, § 9, *de vi*) de la manière suivante : πολιτικῶς (νέμεσθαι) ὡς ἐξ ἀγοράσεως ἢ δορεᾶς, φυσικῶς δὲ, ὡς ὁ καλῇ (lisez κακῇ) πίστει νομεύς. ὁ γὰρ πολιτικὸς νόμος τον τοιοῦτον οὐκ ἐπιγινώσκει νομέα. La possession civile est ici si bien restreinte à la *possessio ad usucapionem*, que même la possession fondée sur un titre, mais dépourvue de bonne foi, n'est qu'une possession naturelle, quoique certes elle donne droit aux interdits.

Nous sommes entré dans tous ces détails à cause de l'attention que réclame une opinion enseignée avec persistance par un jurisconsulte aussi judicieux et adoptée, du moins en partie, par plusieurs autres auteurs, par exemple par Bruns, *Recht des Besitzes*, § 4, et par Brinz, *Pandekten*, I, p. 75 et s.

Bruns prend, il est vrai, la *civilis possessio* dans un sens plus restreint que la simple possession, et, selon lui, la *naturalis possessio* comprend aussi des cas de possession juridique, et a par conséquent une double signification. Il reconnaît même que cette possession civile dans le sens restreint forme une condition essentielle de l'usucapion. Mais si l'on attribue à cette circonstance une influence sur la formation de la notion de cette possession, ce ne saurait être là, dit-il, qu'une hypothèse fondée sur le mot *civilis*, hypothèse assez plausible en elle-même, mais qui devient peu vraisemblable si l'on considère que nulle part ce mot n'est mis en rapport immédiat avec l'usucapion. D'après les décisions spéciales du droit romain, la possession civile est au contraire la possession première et originaire, exempte de tout défaut dans son sujet, dans son objet ou dans sa *causa*. La possession naturelle est, selon l'auteur, la possession à titre de propriété condamnée par la loi civile, et la possession dérivée. Comme les Sabiniens laissaient subsister la possession civile à côté de la possession dérivée, ils ne pouvaient qualifier celle-ci que de possession naturelle. La notion de la possession civile, qui prit ainsi son origine, n'a aucune signification au point de vue des interdits; pour l'usucapion, elle n'est pas la seule condition requise, et dès lors son importance pratique n'est pas grande. De là l'emploi rare et peu accentué de cette distinction, à laquelle le rapport avec l'usucapion aurait dû cependant donner une si grande importance. — Mais cette rareté (pour commencer par la dernière observation de Bruns) s'explique bien plus naturellement par la circonstance que pour les deux grands effets de la possession, pour l'usucapion et les interdits, il y avait des termes plus précis que ces catégories générales. Le reproche d'avoir fondé la notion de la *civilis possessio* sur quelques décisions rares

et isolées où se trouve employé le mot *civilis,* s'adresse donc à Bruns et non pas à la théorie de Savigny. Resterait ensuite à charge des Sabiniens l'inconséquence d'avoir assimilé la possession dérivée du créancier gagiste, lorsqu'elle fut sanctionnée par la loi, à la possession naturelle que la loi ne reconnaît pas, et d'avoir conservé l'idée de la possession civile pour la *possessio ad usucapionem* du débiteur sur gage.

PFEIFER (p. 6, 11, 13 et s.) entend par *possessio* dans le sens naturel la possession matérielle, la détention, et dans le sens technique, *possessio* et *possidere* signifient avoir la chose en son nom (*suo nomine*), mais non pas comme sienne (*pro suo*); en d'autres termes, l'avoir en qualité de maître (non pas seulement de représentant), mais non pas en qualité de propriétaire (*dominus* dans ce sens spécial). Là où il pourrait y avoir confusion, le mot *possessio* dans le sens restreint reçoit l'épithète *civilis* (possession dans le sens technique, possession juridique) et, par opposition, la possession non juridique est appelée naturelle (*possessio naturalis,* détention sans *animus domini,* synonyme de *possessio* dans le sens large du mot). Les deux principaux points de différence entre cette théorie et celle de Savigny sont donc d'abord dans la manière de préciser la notion de la *possessio* dans le sens restreint; en second lieu, dans ce que *possessio civilis* et *possessio* dans le sens restreint ne seraient qu'une seule et même chose. — Quoique l'auteur donne cette théorie comme sienne (p. 11, 36, 46), elle n'est cependant en réalité que la troisième opinion soutenue par Cuperus, avec ce penchant vers l'opinion la plus ancienne, que nous avons signalé à la page 128. En effet, elle ne procède pas des effets de la possession, mais de l'idée de la représentation, et elle entend par *civilis possessio* la possession fictive du *dominus*, par opposition à la possession

naturelle du représentant. Or, cette manière de voir est non-seulement trop étroite, elle se trouve aussi contredite par la théorie romaine d'après laquelle c'est précisément l'acquisition de la possession par représentant qui n'a pas lieu *civiliter*, mais *naturaliter* (L. 53, *de adq. rer. dom.*). Nous en avons déjà exposé les preuves exégétiques, § 7, nos 20 et 21.

ZIELONACKI (p. 62 et s.) arrive au même résultat que Pfeifer : mais il a un autre point de départ et diffère de lui sous le rapport de l'interprétation. D'après lui, les termes *possessio civilis* et *naturalis* se seraient formés uniquement selon que l'état de fait en question produit ou ne produit pas d'effets juridiques dans le *jus civile sensu latiori*. Voilà pourquoi *possessio naturalis* n'a qu'une seule acception, celle de détention, tandis que *possessio civilis* désigne la possession comme telle, donc même la possession non qualifiée, c'est-à-dire la *possessio ad interdicta*. Nous avons examiné, aux nos 21 et 28, les preuves à l'appui de cette théorie, et nous en avons montré l'insuffisance.

Voici maintenant le résultat de tous ces efforts littéraires :

Puisqu'il ne peut y avoir de doute sur les deux droits qui s'attachent à la possession juridique, l'usucapion et les interdits, ni sur l'étendue et l'origine de ces deux droits, toute la question se réduit à expliquer les termes employés dans certains passages, notamment à voir si la notion négative de la non-possession a pour corrélatif dans le droit romain une notion positive de la possession, et si la première s'exprime par *civiliter non possidere*, la seconde au contraire par *civiliter possidere?* Or, cette controverse ne présente guère d'intérêt pour la science du droit.

§ 11.

POSSESSIO PLURIUM IN SOLIDUM.

NUM. 41.

(P. 157, note 1, à la fin.)

LENZ (p. 136) essaye de remplacer cette manière de voir qu'il appelle « grossièrement matérielle » par une manière de voir plus idéale et prétend donner une explication « véritable. » Deux volontés de posséder ne doivent pas plus pouvoir se réunir dans un même objet que deux âmes ne sauraient habiter le même corps !

NUM. 42.

(P. 160, note 2, à la fin.)

Malgré tout cela, il faut maintenir ici aussi la leçon du texte florentin et des basiliques. L'Édit, aussi bien que l'*interdictum de vi quotidianum,* renfermait les mots : CUM ILLE POSSIDERET (SCHMIDT dans *Richter's Jahrbücher*, VIII, p. 681, *Keller Sem.*, p. 293). Ulpien commente ce passage de l'Édit dans la L. 1, § 23; la clause en question se trouve expliquée aux §§ 45 et 46, *de vi,* et l'interdit *de vi armata,* où elle ne figure pas, vient seulement plus loin dans la L. 3, *eod.* D'après cette explication, le passage concerne la possession antérieure à la *dejectio* et ne concerne en rien la discussion sur la *possessio in solidum* entre l'auteur de la dépossession et la personne dépossédée. L'espèce citée par Vivien ne donne, il est vrai, qu'un argument indirect, mais c'est précisément là ce qui suggéra l'idée de substituer, par l'insertion de cette négation, à une leçon difficile une leçon

plus facile, au moyen de laquelle le passage se rapporte à la possession postérieure à la *dejectio*.

Num. 43.

(P. 160, note 5, à la fin.)

On peut cependant objecter à cette dernière interprétation, adoptée aussi par Hermann Witte (*int. uti poss.*, p. 82), que la dispense de fournir caution est accordée non pas au possesseur juridique, mais au détenteur. Le passage se rapporte à la caution que le substitué peut exiger du possesseur d'hérédité institué sous condition.

Num. 44.

(P. 161, note 1.)

Malgré cela, Zielonacki a soutenu encore récemment (p. 75) la double possession de tout possesseur juste et injuste, à cause de l'usucapion, et Herm. Witte (1) prétend au moins que le possesseur clandestin d'un immeuble et le propriétaire non encore averti de cette occupation possèdent ensemble. Mais il n'y aurait aucun motif de limiter cela à des immeubles ; les passages en question ont un autre sens, §. 31.

Num. 45.

(P. 162, dernière ligne.)

Cet argument n'est pas sans inconvénients, car l'interdit *uti possidetis* n'est certes pas exclu par un degré supérieur de violence, pourvu que le demandeur exige non pas restitution,

(1) *Linde's Zeitschrift*, nouvelle série, XVIII, n° 15, §§, 4, 12.

mais seulement protection contre un trouble ultérieur. D'ailleurs la *provocatio* du *possessor justus* (antérieur) se présente d'abord à l'esprit, et le rôle des parties est en général indifférent dans un *interdictum duplex*.

NUM. 46.

(P. 164, note 2.)

« *Eum qui precario rogaverit ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque possideat qui rogatus sit? dubitatum est. Placet autem* PENES UTRUMQUE ESSE EUM HOMINEM, *qui precario datus esset,* PENES EUM *qui rogasset, quia possederat corpore,* PENES DOMINUM *quia non discesserit animo possessione.* » Le passage concerne l'interdit *utrubi*. Voy. L. 1, *utrubi*, L. 23, § 2, *de usurp.*, et plus loin les nos 48 et 49.

NUM. 47.

(P. 165, note 2.)

Mais le dernier passage est pris dans le titre du 72e livre, qui traite de l'interdit *utrubi;* le premier est tiré du livre 76e et ne concerne pas du tout un *precarium*.

NUM. 48.

(P. 166, ligne 2.)

ADOLF SCHMIDT (1) émet sur la raison d'être de l'exception une hypothèse qui mérite au moins d'être mentionnée. Il n'y avait d'abord, pour les immeubles aussi, qu'un seul interdit. Pour lui assurer un effet récupératoire, on admit que la personne dépos-

(1) *Heidelberger Jahrb.* 56, 1863, p. 693.

sédée continuait aussi à posséder à l'égard de l'adversaire. De là résulta la théorie de la *possessio duorum*. Plus tard le préteur créa l'interdit *unde vi*, et reconnut ainsi que la possession était perdue. La raison d'être de la fiction disparut ainsi. Sans doute tous deux peuvent encore prétendre être possesseurs, et invoquer l'interdit en qualité d'*interdictum duplex*, mais ils ne sont pas tous deux possesseurs et le juge a précisément à décider UTER *possideat*.

BARON (*Gesammtrechtsverhæltnisse*, p. 89), qui semble ne pas connaître l'écrit de Von der Hagen, n° 49, affirme que Pomponius (num. 46) allègue des raisons insoutenables lorsqu'il attribue au *precario rogans* la possession « *quia possederat corpore*, » et au *rogatus* « *quia non discesserit animo possessione;* » car « le seul *corpus* ne saurait faire avoir la possession, et d'autre part il n'y a de *possessio solo animo* que pour les immeubles et les esclaves. » — La L. 10, § 1, *de poss.* (voy. p. 67), nous autorise à croire que Pomponius n'en était plus aux premiers éléments de la doctrine en fait de possession; d'ailleurs sa proposition était universellement adoptée : « PLACET *autem penes utrumque esse eum hominem*. » Il veut évidemment dire : Le *rogatus* n'a pas abandonné tous les droits de possession, comme le fait le débiteur sur gage. Aussi tandis que dans l'interdit *utrubi* (1) la possession du débiteur accéderait à celle du créancier gagiste (L. 16, *de usurp.*), en matière de *precarium* au contraire la possession écoulée du *rogans* est comptée au *rogatus*. Pour cela aussi

(1) Les mots *penes eum* ESSE EUM HOMINEM comparés à l'interdit : *utrubi* HIC HOMO — FUIT (L. *un.* pr. *utrubi*) semblent prouver que Pomponius avait cet interdit en vue. L'interdit *de liberis exhibendis*, auquel on pourrait encore songer, ne disait pas *penes*, mais *apud*, parce que des hommes libres ne peuvent être possédés.

il faut, il est vrai, possession propre du *rogatus* (L. 13, § 13, *de poss.*) (1), et par conséquent le *precarium* doit avoir été révoqué, afin que le détenteur précaire cesse de posséder en son nom et que le *rogatus* recommence à posséder par son intermédiaire (L. 13, § 7, *eod.*). Mais le *rogatus* n'a jamais renoncé à la possession : *non discessit animo possessione*, il peut donc révoquer à tout instant, et amener par là l'*accessio*. Dès lors s'il ne possède pas l'esclave actuellement, il le possède au moins potestativement, c'est-à-dire il a des moyens possessoires efficaces, alors même que la possession réelle juridique appartiendrait pour le moment au *rogans*. Cette situation est assez bien indiquée par l'expression indécise PENES *utrumque esse eum hominem* (2). A propos de l'interdit *de liberis exhibendis*, dans lequel se trouvaient les mots *si is eave apud te est*, Ulpien dit : PENES *te amplius est quam* APUD *te : nam* APUD *te est quod qualiter qualiter a te teneatur*, PENES *te est quod quodam modo* (3) *possidetur* (4). La différence entre le dépossédé et l'auteur de la dépossession violente consiste donc en ce que ce dernier résiste et que son *injusta*

(1) BARON induit, il est vrai, de l'accession que le *rogatus* ne possède pas, parce que sans cela il n'aurait pas besoin de l'accession. Mais il en résulte plutôt, au contraire, que maintenant au moins il doit de nouveau posséder, car sans cela rien ne pourrait lui accéder. — Antérieurement le même auteur avait dit (*Abhandl.*, 1860, p. 15, note 11) que tous deux, le *rogatus* et le *rogans*, possèdent parce qu'aucun des deux ne veut exclure l'autre. Mais que devient alors le *precarium possessionis* par lequel le *rogatus* a concédé la *possessio* au *rogans* ?

(2) Ce qu'il ne faut pas confondre avec *possessionem* L. 2, § 2, *pro herede*.

(3) Cela ne veut pas dire *en quelque sorte*, mais *d'une certaine manière*, peu importe comment.

(4) ULPIEN, lib. 71, *ad edictum*. L. 63, *de verb. sign.*, comp. à L. 1, pr. *de lib. exhib.* et d'autre part à L. 1, pr. L. 3, § 4. L. 4, *de tab. exhib* L. 23, § 2, *de usurp.*

possessio succombe seulement devant l'interdit *de vi*, tandis que le *precario rogans* de bonne foi ne peut intenter l'interdit *uti possidetis* (1) que contre les tiers et non pas contre le *rogatus*. Quoiqu'il faille une révocation pour que sa possession puisse accéder à celle du *rogatus*, il dépend cependant uniquement de ce dernier de produire à volonté ce résultat par la dénonciation du *precarium* (*rupto precario*) (2), et ainsi, tout en étant possesseur, le *precario rogans* n'est à son égard pas fort différent d'un dépositaire.

NUM. 49.

(P. 170, à la fin du § 11.)

Relativement à la possession simultanée du *precario rogans* et du *rogatus*, VON DER HAGEN donne une rectification importante de tout cet exposé des opinions des jurisconsultes romains (p. 4 et s., 30 et s., 35; 1840). L'opinion de Sabinus et celle du premier Trebatius n'avaient entre elles rien de commun; elles étaient au contraire opposées l'une à l'autre. Trebatius admettait une possession simultanée dès l'origine dans tous les cas où une *justa possessio* se trouve en opposition avec une *possessio injusta*, c'est-à-dire *violenta*, *clandestina* ou INJUSTA *precaria* (après la révocation du précaire). Il insistait sur les mots de l'Édit *uti* POSSIDETIS *nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero*; et quant à la règle *qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur* (L. 15, *de reg. jur.*), il l'appliquait à la continuation de la possession, c'est-à-dire du motif de l'action, et non pas au droit d'agir au possessoire (ULPIEN, L. 17 pr.,

(1) L. 17, pr. *de poss.*
(2) L. 13, § 7, *de poss.*

de poss. : « *Si quis de possessione dejectus sit,* PERINDE HABERI DEBET AC SI POSSIDERET (il ne possède donc plus), *quum interdicto de vi recuperandæ possessionis facultatem habeat*). » Aussi cette opinion fut-elle expressément condamnée. — Sabinus, au contraire, n'admettait une double *possessio justa* que dans le seul *precarium* et seulement pendant sa durée, c'est-à-dire avant sa dénonciation. Le commentateur (Pomponius) fait observer que cela n'avait jamais été contesté pour la possession du *rogans;* mais on avait discuté sur le point de savoir si la possession du *rogatus* continuait; cependant on l'admit aussi généralement (*placet*) et cela à juste titre; car le *rogatus* pouvant à chaque instant révoquer la concession, parce que le *precarium* ne renferme aucunement une aliénation de la possession, comme la dation du gage par exemple (*quia non discesserit animo possessione*), il s'ensuit qu'il doit lui être permis aussi d'invoquer l'interdit *utrubi* contre tout tiers détenteur avant que celui-ci ne l'exclue par une possession plus longue que la sienne dans le courant de la dernière année (comp. L. 1, § 11, *de itin.*). De là résulte qu'il faut rejeter l'opinion de ceux qui voulaient assurer au *rogatus* la victoire contre le tiers en lui faisant accéder la possession du *rogans* (*fragm. Vatic.*, 311). Le *rogatus* possède en effet lui-même pendant tout ce temps (*avant* la révocation), et dès lors il n'a pas besoin d'accession; celle-ci ne se concevrait d'ailleurs pas dans le cas de deux possessions simultanées (ULP., 72, *ad edictum*, sur l'interdit *utrubi;* L. 13, § 7, *de poss.* « *Si is qui precario concessit, accessione velit uti ex persona ejus, cui concessit, an possit? quæritur. Ego puto eum, qui precario concessit,* QUAMDIU MANET PRECARIUM, *accessione uti non posse*). » Même après la restitution du précaire, *soluto precario,* L. 5, L. 11, *de precario*, l'accession de possession serait inutile,

parce que la possession du *rogatus* n'a pas subi d'interruption. Ce n'est que lorsque le *rogans* abuse de la confiance qu'on avait eue en lui (*rupto precario*), qu'il dépossède ainsi le *rogatus*, et lui restitue ensuite la possession par suite de l'interdit arbitraire *de precario* (GAIUS, IV, 163, 164; ULP., *Inst. fr.* 1, §§ 1, 2, L. 13, § 9, *de poss.*), ce n'est qu'alors que l'INJUSTA *possessio precaria*, depuis la révocation jusqu'à la restitution, est comptée au *rogatus* : *accedere possessionem* EJUS TEMPORIS *quo precario* (*sc. rupto*) *possidebatur*; de sorte qu'il l'emporte contre le tiers dans l'interdit *utrubi*, quand même sa seule *justa possessio*, sans y comprendre la possession injuste du *rogans*, serait plus courte que la possession injuste du tiers. — Il résulte de tout ceci que les deux opinions, celle de Sabinus et celle de Pomponius, relatives à la coexistence des deux *possessiones justæ* du *rogatus* et du *rogans*, sont parfaitement reçues en pratique. On peut encore dire, à l'appui de cette déduction, que le *rogatus* peut transférer sa possession à autrui : L. 8, § 2, *de precario*, et qu'il continue à être considéré comme possesseur alors même qu'il la rend au débiteur sur gage : L. 15, § 2, *qui satisdare*. — ZIELONACKI n'a pas du tout compris cet ensemble (p. 76). Il considère l'*accessio* comme une espèce de dédommagement pour l'interruption de l'usucapion; dédommagement qui aurait disparu depuis la fiction de Trebatius. BARON est dans le même cas (num. 48).

Toute cette idée d'une *possessio duorum in solidum* est provenue de ce que l'on a confondu les moyens possessoires avec la possession corporelle juridique (*possessio ad usucapionem*). Celui qui peut user des actions possessoires a sans doute le moyen d'obtenir la possession corporelle, mais il ne tient pas encore celle-ci; l'expression correcte n'était donc pas *possidet*, mais

perinde haberi debet ac si possideret (1); expression analogue à ce qui se dit en matière de propriété : *qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere* VIDETUR (2). Dans ces derniers temps, on semble plus convaincu de la nécessité de cette distinction, mais de nouvelles erreurs prennent la place des anciennes. C'est ainsi que Baron (*Gesammtrechtsverhæltnisse*, p. 85) énumère les cinq cas suivants dans lesquels il y aurait possession simultanée de plusieurs sans division intellectuelle de la chose possédée : 1. le gage; 2. le *precarium* ayant la possession pour objet; 3. l'occupation clandestine de l'immeuble pendant l'absence temporaire du possesseur; 4. la dépossession violente; 5. la superficie. Cependant dans aucun de ces cas il n'admet une véritable solidarité de copossession matérielle ; aux numéros 3 et 4, il ne reconnaît même de possession véritable qu'à une seule des deux personnes (ce qui, au fond, est vrai), tandis que l'autre n'aura que des actions possessoires; il ne se trompe que sur certains points de détail (n° 110). Mais ce qui est inouï et inconcevable, c'est l'hypothèse d'une propriété et d'une possession commune au père et à la fille relativement à la *dos communis* restituée et au legs de l'usufruit, de telle sorte que le père administrateur aura le *corpus* au nom de la communauté, c'est-à-dire au nom de tous deux, tandis que cette communauté elle-même, en d'autres termes le père et la fille, auront l'*animus* et reconnaîtront réciproquement la plénitude des droits l'un de l'autre. Si une pareille combinaison juridique avait semblé possible aux jurisconsultes

(1) C'est ainsi que s'exprime Ulpien dans la L. 17, pr. *de poss.*, citée : « *Si quis de possessione dejectus sit* PERINDE HABERI DEBET AC SI POSSIDERET *quum interdicto de vi recuperandæ possessionis facultatem habeat.* »

(2) PAUL, L. 15, *de reg. juris*. Et cependant le même Ulpien dit ici formellement : *habetur enim* (au lieu de *haberi videtur*) *quod peti potest*, L. 143, *de verb. sign.*

classiques, ils ne l'auraient pas complétemement passée sous silence, et surtout ne l'auraient pas restreinte à deux cas bien accessoires. Mais en réalité ils ne connaissent ni une volonté de posséder résidant dans une *universitas* (L. 1, § 22, *de poss.*), ni une restriction des droits du père dans une action de ce genre (L. 8, pr. *de proc.*).

§ 12 *a*.

HISTOIRE DE LA POSSESSION.

NUM. 50.

(P. 182, ligne 3.)

GAIUS dit en parlant du sol provincial (II, 7) : « *In eo solo dominium populi vel Cæsaris est, nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur.* » FRONTINUS, p. 36, Lachm. : « *Possidere... quasi fructus tollendi et prestandi tributi condicione concessum est.* » Il en était tout à fait de même de l'ancien *ager publicus* en Italie : FESTUS : « *Possessiones sunt agri late patentes publici privatique, quos non mancipatione sed usu tenebant et ut quisque occupaverat possidebat.* » Seulement il ne faut pas voir deux espèces de fonds de terre dans les mots *publici privatique* : ils s'appliquent aux conditions toutes spéciales de la possession privée dans les premiers temps. Voy. RUDORFF, *Gromat. Institutionen* (*Schriften der Feldmesser*, II, p. 314 et s.).

NUM. 51.

(P. 184, ligne 5.)

Voyez, au contraire, p. 98, à la fin de la note, l'add. de la 7e édition, et p. 276, note 4.

NUM. 52.

(P. 185, à la fin de la section 1re.)

Dans son jugement sur la 6e édition de cet ouvrage (1), BETHMANN HOLLWEG fait l'observation suivante sur cet essai d'une histoire de la possession : « Au point de vue de la question historique, il n'est pas sans importance de remarquer que c'est dans la troisième édition seulement que l'auteur déduit ainsi la possession des institutions primitives du peuple romain. On pourrait en conclure que cette déduction ne forme pas une partie essentielle de l'ouvrage. En effet, l'idée fondamentale des interdits possessoires, c'est-à-dire le besoin de protéger la personne dans ses rapports avec la chose contre tout acte injuste, est parfaitement suffisante pour fonder la théorie de la possession, surtout chez un peuple d'un esprit aussi juridique que les Romains, de sorte qu'il n'est nécessaire de recourir ni à l'usucapion, comme dans les premières éditions de cet ouvrage, ni à l'*ager publicus*. Mais les vérités d'une portée universelle commencent ordinairement par être reconnues dans leurs manifestations historiques. Il en fut de même ici, comme nous l'attestent des témoignages importants et maint détail de la théorie de la possession qui sans cela resterait sans explication. L'auteur n'attache du reste pas plus d'importance à sa démonstration historique ; il reconnaît même dans cette 6e édition, p. 45 et 57 (2), que la base de la théorie s'est complétement modifiée plus tard. — Lorsqu'il s'agit de remonter à l'origine d'une institution juridique, il ne faut pas entendre par là l'occasion externe de sa

(1) *Jahrb. für wiss. Kritik*, 1838, col. 269, 270.
(2) Pages 37 et 46 de la présente édition.]

première apparition; cette occasion peut exercer une certaine influence sur les formes qu'elle adopte, et la conserver même après que la cause première en a complétement disparu; mais elle ne saurait nous révéler la nature intime de l'institution elle-même. Pour la découvrir, il faut remonter à l'idée qui lui sert de fondement. Produit spontané du génie national, cette idée renferme un élément universel et un élément spécial ou positif; elle revêt des formes diverses en parcourant les diverses périodes du développement national, elle survit même à l'existence politique de la nation et se retrouve dans des législations postérieures, en s'assimilant plus ou moins à leur caractère particulier. » — La vérité de ces observations est d'autant plus évidente que l'organisation de la propriété domaniale du peuple romain, soit de l'ancien *ager publicus*, soit des fonds provinciaux, ne peut même pas avoir servi d'occasion externe à la possession, puisque l'usucapion en était positivement exclue, et qu'il y avait au moins doute sur l'admissibilité des interdits (1). D'autre part, l'idée d'une protection possessoire (pour ne rien dire de l'idée bien plus positive de l'usucapion) est non-seulement beaucoup plus universelle, mais chez les Romains elle est aussi plus ancienne que les interdits. L'idée d'une protection défensive contre l'auteur d'une violence injuste, alors que la personne menacée n'a pas elle-même commencé par violer l'ordre légal, n'est autre chose que ce droit antique et international de la légitime défense; et même, dans les limites du droit national, cette idée se manifeste par l'application de la loi civile à la pro-

(1) FRONTINUS *de controv. agror.*, p. 36, Lachmann : « *neque possidendo ab alio quœri possunt... videbimus tamen an interdicere quis possit de ejus modi possessione.* » Une modification (*utile interdictum*) par l'énonciation de la *qualitas agri* parut au moins nécessaire.

tection de la propriété foncière, application qui évidemment a servi de type aux interdits prétoriens contre la violence, le dol et la ruse : L. 1, § 27, *de vi*, L. 22, § 2, *quod vi*.

SECTION DEUXIÈME.

ACQUISITION DE LA POSSESSION.

§ 14.

APPRÉHENSION DE LA CHOSE.

NUM. 53.

(P. 194, note 1, à la fin.)

Voici le texte des basiliques (HEIMBACH, *tom.* V, p. 47) : *οὐ γὰρ μόνον τῆς σωματικῆς ἁφῆς χρεία ἐστὶν ἐν τῇ νομῇ, ἀλλὰ καὶ ὀφθαλμῶν καὶ διαθέσεως* (*non enim corporali tantum tactu opus est in possessione sed etiam oculis et voluntate*). C'est donc une erreur lorsque LENZ (p. 204, note 2) invoque à l'appui de la leçon *actu* l'autorité des basiliques; le terme décisif est non pas *διάθεσις*, mais bien *ἁφὴ σωματικὴ*. — Du reste ce n'est pas une tautologie de dire *corpore et tactu*, comme le prétend BOECKING (*Pand.*, I, § 124, p. 462, note 33), car le second mot précise la portée du premier.

§ 15.

APPRÉHENSION D'IMMEUBLES.

NUM. 54.

(P. 195, note 3.)

LENZ (p. 183) préfère la leçon de la Vulgate *ei mitteretur*, parce que le moment de la réception est décisif; comme si ce moment était ainsi mieux précisé que dans la leçon florentine. Son assertion, d'après laquelle la présence personnelle n'est considérée que comme une raison secondaire, est tout à fait inexplicable.

NUM. 55.

(P. 196, note 2.)

La leçon florentine *mercato* mérite la préférence par les motifs de droit et de grammaire exposés par LENZ (p. 182, note 3) Voy. aussi GAIUS, II, 61 : « *qui mercatur a populo.* »

NUM. 56.

(P. 197, ligne 8.)

LENZ (p. 183, 184) trouve la présence « dans la tour élevée de l'acheteur » décisive, non pas à cause de la faculté de disposer physiquement de la chose, faculté impossible dans l'espèce, mais parce que de cette hauteur le vendeur peut facilement désigner les limites du domaine. — S'il s'agissait d'un fonds voisin et connu, ce procédé serait tout aussi fastidieux que superflu. L. 63, § 1, *de contr. empt.*

NUM. 57.

(P. 197, ligne 23.)

LENZ (p. 177 et s.) démontre que la tradition par le vendeur équivaut à la remise par un fondé de pouvoir, et même par toute autre personne, pourvu que la personne qui remet et celle qui reçoit puissent présumer que le vendeur ratifierait. L. 33, *de poss.* L. 1, § 5, *de exc. rei vend. et trad.* L. 7, § 17, *de publ. in rem act.*

NUM. 58.

(P. 198, ligne 13.)

Dans l'acte de donation de Syntrophus, on dit, il est vrai, en parlant du donateur : « IN VACUAM POSSESSIONEM HORTORUM... *ire aut mittere* JUSSIT... SEQUE *inde excessisse desisseque possidereque* (*sic!*) *dixit;* » et dans la L. 78, § 1, *de contrah. empt.*, on dit du tuteur : « *Dixi tradere te tibi possessionem hoc modo posse, ut pupillus et familia ejus decedat de fundo, tunc demum tu ingrediaris possessionem.* » Mais les mots : *prohibere ingredienti vim fieri* supposent une défense faite à des tiers, défense qui ne peut émaner que du préteur. Il est donc probable que Venuleius aura pensé à un interdit prohibitoire, peut-être pour renforcer l'interdit restitutoire *quod legatorum* dont il parle dans le même livre (*Fragm. Vat.*, § 90), ou, ce qui est encore plus probable, pour faire obtenir les *cetera ex interdicto* (GAIUS, IV, 170). Le rapport que Lenz (p. 174) a voulu trouver entre ce passage et le second décret à raison d'un *damnum infectum* ne saurait être admis, à cause de la L. 18, § 25, *de damno infecto*, et de la L. 4, §§ 2-4, *ne vis fiat ei.*

§ 16.

APPRÉHENSION DE CHOSES MOBILIÈRES.

NUM. 59.

(P. 199, dernière ligne.)

LENZ (p. 186) insiste beaucoup sur l'ordre du créancier. « Le créancier, dit-il, sait ce qu'il veut, puisque le dépôt se fait en sa présence; il s'empare de l'objet, parce que cet objet se trouve à portée de sa vue, et qu'il le surveille lui-même. » — Il n'est pas aussi certain que Lenz sache lui-même ce qu'il veut, puisqu'il vient, à la p. 183, de déclarer insuffisant le fait d'embrasser du regard l'immeuble du haut d'une tour.

NUM. 60.

(P. 201, ligne 4.)

Un extrait de ce *responsum* de Papinien se trouve dans *Fragm. Vat.* 254. PAUL V, 11, § 1 : « *Species extra dotem a matre in honorem nuptiarum præsente filia genero traditæ donationem perfecisse videntur.* »

NUM. 61.

(P. 201, note 2.)

LENZ, p. 189, objecte « qu'il serait fort étonnant que l'auteur du passage (*Javolenus*) parlât ainsi de lui-même en troisième personne : *inquit.* » Il est évident qu'il parle, non de lui-même, mais de Labéon; ce qu'il y a d'étonnant, c'est que Lenz ne l'ait pas remarqué.

Num. 62.

(P. 204, note 2, ligne 4.)

De même Lenz, p. 203, note 1.

Num. 63.

(P. 204, note 2, à la fin.)

L'explication un peu forcée de la revendication par le moyen d'un *constitutum possessorium* ou par la présence des esclaves paraîtra peut-être superflue en présence de l'observation suivante : A mesure que le droit se développa et que l'usage d'actes écrits devint plus fréquent, on s'habitua à considérer la remise du titre écrit comme impliquant la libre disposition du droit lui-même constaté par ce titre. La vente, le legs ou la mise en gage du titre d'une dette (*chirographum*) sont considérés comme renfermant une cession de la dette même. La restitution du titre implique remise de la dette (*nomen*). L. 44, § 5, *de leg.* I. L. 59, *de leg.* III. L. 2, C. *quæ res pign.* L. 7, C. *de remiss. pign.* Or, nous voyons par l'exemplaire de Transylvanie, qui date des années 139 et 142 ap. J.-C. (Mommsen dans les Revues mensuelles de l'Académie, 1857, 26 novembre), que ces actes d'achat d'esclaves (*emptiones mancipiorum*) renferment, outre la stipulation d'éviction, l'attestation de la mancipation faite à l'acheteur; de même, les documents relatifs à la possession (*diplomata vacualia*, c'est-à-dire *vacuæ possessionis*) constatent, comme nous le savions déjà, le fait de la tradition. Or, lorsque l'acheteur avait remis ces deux titres à une personne *non excepta*, avec l'intention de donner les esclaves, il ne pouvait sans doute y avoir de revendication directe et d'interdit *utrubi* du donateur

tant qu'il n'y avait pas eu de mancipation faite en vue de la donation, ni de tradition des esclaves. (*Fragm. Vat.* §§ 310, 311, 293.) Mais comme les titres de vente assuraient à l'acheteur une action réelle (*arg.* § 8, I. *de fidejuss.*) le donataire, grâce à cette manière de voir établie par l'usage, obtenait par la remise de ces titres une *in rem actio* modifiée (*utilis*). En même temps cette remise lui assurait la preuve, puisqu'on adopta le principe que la possession réelle de la chose donnée serait décisive sous ce rapport (PAUL V, 11, § 2). La circonstance que cette *actio in rem* pouvait s'intenter contre le donateur lui-même prouve qu'il ne fallait pas de mandat de sa part pour pouvoir l'intenter. (L. 33, C. *de donat.*) — D'après cette explication, le passage n'appartient à la théorie de la possession que pour autant qu'il s'y agit d'une transaction concernant la possession (*donatio possessionis*, § 2) : aussi a-t-il été inséré par les compilateurs dans la matière des donations. — Le droit moderne n'a du reste pas admis jusqu'à présent la transmission de la possession par la remise du connaissement ou de la facture (IHERING, *Jahrb. für Dogmatik* I, 1857, 176. SEUFFERT, *Archiv*, I, 8, 396; II, 86; IV, 232; VI, 241; VII, 8.) Pour ce qui est des chartes parties, il y a encore hésitation. SEUFFERT, *Archiv*, VIII, 111; X, 232; XI, 213.

NUM. 64.

(P. 207, ligne 4.)

La propriété se transmet donc sans tradition proprement dite, mais non pas sans qu'il y ait acquisition de possession, comme le croit LENZ, p. 203. (Voy. L. 74, *de contrah. empt.*, p. 208.)

NUM. 65.

(P. 208, à la note.)

D'après LENZ (p. 200), les clefs ne servent qu'à fermer ; l'ouverture du magasin sert à inspecter ce qui s'y trouve, et la tradition ne s'applique qu'à des marchandises déposées dans un magasin. Les *claves monumenti* (num. 36) prouvent le contraire.

§ 17.

CONTINUATION.

NUM. 66.

(P. 210, note 1.)

LENZ (p. 195) soutient que la sécurité n'admet pas de plus ou de moins. GAIUS, à la L. 18, *de in jus voc.*, et la L. 1. C. *de prætoribus*, sont d'un autre avis.

NUM. 67.

(P. 210, note 3.)

D'après LENZ (p. 143), les mots : « *quæ in ædificio sunt* sont en opposition avec *universas ædes.* » Mais cette opposition se trouve plutôt dans *singulæ res*, et lorsque par ces termes on entend des parties intégrantes, on nomme ces parties ou l'on y ajoute les mots : *ex quibus ædes constant*, par exemple L. 36, *de evict.* L. 7, § 11, *de adquir. rer. dom.*

NUM. 68.

(P. 215, à la fin de la note.)

OSWALD v. SCHMIDT (p. 47) entend par *naturalis possessio*

(d'après BRINZ, *Pand.*, § 27, p. 70) non pas le fait de tenir la chose physiquement, « mais un pouvoir naturel résultant de la combinaison de l'*animus* et du *corpus*. » D'après cela, le sens de la règle serait le suivant : Sans possession juridique antérieure, il n'y a pas de possession juridique. Et cette assertion tout à fait tautologique ne pourrait même pas recevoir l'application que suppose le mot *ideoque*, car la controverse entre les deux écoles ne concernait, comme en matière de bêtes sauvages (§ 13, I. *de rer. div.*), que la question de savoir quand, en matière de trésors, il y a détention parfaite.

NUM. 69.

(P. 216, à la fin de la note 1.)

L'importance pratique de la question est démontrée par le grand nombre de trésors enfouis pendant les guerres civiles des années 673, 676, 680, 685, 704 et 705 (MOMMSEN, *Corpus inscriptionum latinarum*, p. 136-140). Brutus et Manilius ne peuvent, il est vrai, avoir eu en vue que les trésors enfouis antérieurement, pendant les guerres contre Hannibal.

NUM. 70.

(P. 217, à la fin de la note 1.)

LENZ (p. 154) trouve le principe de Sabinus dans cette pensée que le trésor n'est pas une partie du sol, pensée qui ne serait cependant que médiocrement exprimée par les mots : *quia non sit sub custodia nostra*.

§ 18.

DÉFINITION PLUS SPÉCIALE DE L'APPRÉHENSION.

NUM. 71.

(P. 221, note 2.)

LENZ (p. 116) remplace les mots « *il faut la volonté,* etc., » par « *il faut que cette volonté vienne s'ajouter.* » Et se basant sur cette prétendue rectification, il croit que la volonté vient à la suite de la conviction acquise. En fait, il est certain qu'elle s'y joindra ordinairement ; mais l'ordre logique de ces trois facteurs indiqués par Lenz : 1. *affectio,* 2. *scientia,* 3. *corpus* est indifférent ; car la *brevi manu traditio* commence par la volonté qui affecte l'objet.

Il faut en dire autant de la trilogie suivante du *critique prussien* (p. 87) : « 1. la volonté même de posséder la chose ; 2. la possibilité de réaliser cette volonté ; 3. la manifestation de cette volonté. » — Cette trilogie conviendrait même à l'acception la plus large de la possession naturelle, à la détention, si la prise de possession symbolique ne l'excluait pas. — La démonstration scientifique ne part pas d'une priorité accidentelle ; elle procède du général au particulier, c'est-à-dire de la détention et de l'appréhension à la possession juridique et à la volonté de s'approprier la chose. C'est ce dont ces deux auteurs ne semblent pas s'être doutés le moins du monde.

BARON (1) élève deux objections contre la théorie de Savigny :

(1) *Zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes.* (*Iherings Jahrb.* VII, 3, 1864, p. 52, 54, 55, 87, 102, 112, 113).

1. Elle n'indique pas de principes certains sur la possession des meubles.

2. Elle donne, pour l'acquisition de la possession, d'autres règles que pour sa continuation. (En cela Baron est donc du même avis que Zachariæ, p. 222, note 1.) Ce ne serait qu'à titre d'exception et selon les exigences spéciales des divers cas, que l'on dérogerait à la règle quand il s'agit d'esclaves, d'animaux ayant conservé l'esprit de retour, et d'immeubles que le possesseur quitte temporairement.

D'après BARON, la *custodia* serait la véritable base de la possession des meubles de toute nature; c'est elle qui fait acquérir et conserver la possession, et sa perte entraîne la perte de celle-ci. L'acquisition et la conservation dépendent donc des mêmes conditions. La faculté de disposer de la chose et d'empêcher tout autre d'en disposer n'est pas requise pour l'acquisition de la possession; la possibilité de reproduire les conditions de cette faculté n'est pas nécessaire à sa conservation.

La *custodia* constitue un pouvoir qui exclut tout autre que le possesseur. Ce pouvoir est tantôt subjectif (personnel), tantôt objectif (réel). Le second existe lorsque la chose se trouve sur la surface du sol qui m'appartient (p. 102), ou, comme il est dit plus clairement à la p. 113, dans un lieu qui se trouve à la disposition du possesseur, c'est-à-dire sur un fonds qu'il détient, ou sur lequel il la dépose avec l'autorisation du maître de ce fonds. — Telles sont les idées de Baron.

Examinons d'abord ce qu'il appelle les exceptions absolues à cette règle.

« La *custodia*, dit-il, ne s'appliquait pas aux immeubles; ils se forment à eux-mêmes leur enceinte (p. 141). Voilà pourquoi leur possession se conserve *solo animo*, c'est-à-dire même lorsque

le *corpus* fait défaut parce que personne ne reste sur l'immeuble (p. 142). Il est vrai que ce ne sera là qu'une exception en faveur de l'absence temporaire d'un possesseur *mox revertens*. Mais cette restriction se base sur une erreur (voy., plus loin, num. 110); par conséquent, en matière d'immeubles aussi, la règle pour la conservation de la possession sera autre que pour l'acquisition, car Labéon lui-même (L. 51, *de poss.*) n'enseigne pas qu'il peut y avoir une acquisition *solo animo*.

« L'esclave, est-il dit à la p. 136, est la seule chose relativement à laquelle la théorie de Savigny soit exacte : pour lui, les conditions de l'acquisition sont autres que celles de la continuation de la possession. Mais ce cas n'est aussi cité que comme une exception, qui ne fait que confirmer la règle d'après laquelle partout ailleurs (?) l'acquisition et la conservation de la possession dépendent des mêmes conditions. » — Néanmoins Baron assimile aux esclaves les animaux qui ont conservé l'esprit de retour, et cependant des dispositions exceptionnelles ne doivent pas recevoir d'extension. Mais en réalité Nerva, à la L. 3, § 13, *de poss.*, ne parle que de *res mobiles excepto homine*, c'est-à-dire qu'il excepte les *moventia* de la règle applicable aux meubles inanimés en général. Lors donc qu'un esclave fugitif continue de se posséder lui-même au nom de son maître, ainsi que les objets qu'il emporte avec lui, il ne faut pas considérer cela comme une anomalie limitée à l'usucapion (1); c'est au contraire une application directe du principe que la volonté défavorable de

(1) La L. 17, § 3, *de furtis*, n'exclut pas l'interdit *utrubi*, mais seulement l'obligation de répondre à l'action noxale (PAUL, II, 31, 37). L'interdit *utrubi* ne se perd que par l'appréhension non vicieuse d'un tiers. L. 1, § 14, *de poss.* L. 51, § 4, *de adq. rer. dom.* De même, toute acquisition par mancipation, stipulation et tradition continue à subsister. L. 23, § 2, *de liber. causa.*

l'esclave ne peut nuire aux droits du maître, tandis que sa volonté favorable lui est utile (1). Or, l'objet le plus immédiat de la possession est ici, pour le maître, l'esclave fugitif lui-même : la circonstance que cet objet peut lui-même avoir une volonté ne ferait obstacle que s'il s'agissait d'un homme libre. Même pendant le procès sur la question de liberté, la possession juridique continuerait *animo*, et lorsqu'elle semble perdue à cause des *vindiciæ libertatis*, cette possession, toute du domaine de la procédure, n'a pas pour conséquence de conférer une possession juridique réelle (2).

De cette manière la règle prétenduement générale de la *custodia* se restreint, à peu de chose près, aux objets inanimés (3). Les choses qui se meuvent et les immeubles suivent une autre règle : ils n'ont pas besoin de *custodia*, ou ils se surveillent eux-mêmes.

Mais, même dans la sphère limitée des objets inanimés, la *custodia* forme exception. La surveillance exercée par un agent et la conservation en lieu sûr constituent des moyens artificiels qui se distinguent de la possession proprement dite et lui sont même opposés (4) ; lorsque le possesseur y a recours, ce ne sont que des voies indirectes et intermédiaires (5).

(1) GAIUS, L. 133, *de reg. jur.* « *Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior non potest.* »

(2) L. 13, pr., *ad leg. Aquil.* — L. 15, 47, *de poss.* — Il n'y a donc pas d'opposition entre la L. 3, § 10, *eod.*, et la L. 15, § 1, *de usurp.*, de Paul, d'une part, et la L. 25, § 2, *de lib. causa*, d'autre part.

(3) L. 47, *de poss.* «... *quæ ratione vel anima carent.* » Les prisonniers de guerre ou autres et les animaux sauvages font exception.

(4) L. 3, § 23, *de poss.* : « *Quod Quintus Mucius inter genera possessionum posuit — ineptissimum est : nam qui — mittit in possessionem — non* POSSESSIONEM SED CUSTODIAM ET OBSERVATIONEM CONCEDIT. » Dans la L. 39, *ib.*, *omittendæ possessionis causa* est mis en opposition avec *at si custodiæ causa deponatur* : MUTHER, *Sequestration*, 236.

(5) L. 31, *eod.* : « *Simul atque custodiam posuissem* TRADITUS MIHI VIDETUR. »

Au point de vue de la logique comme à celui du droit, c'est donc une erreur que de vouloir transformer cette exception en règle. Au point de vue de la logique : car la représentation est une idée secondaire, qui présuppose logiquement l'appréhension propre et personnelle. Au point de vue du droit : car la possession juridique est un droit, un pouvoir légal, intellectuel par conséquent, une faculté d'avoir, comprise, il est vrai, dans un fait physique, mais de telle manière qu'elle se dépouille autant que possible de cet élément matériel. Voilà pourquoi la seule possibilité de disposer suffit pour produire l'acquisition de la possession, et pour sa conservation il suffit même de la simple possibilité de reproduire cette faculté de disposer. Les conditions de la conservation peuvent être autres que celles de l'acquisition première (1). Ce que deviendrait la possession si l'on abandonnait ce principe, c'est ce que montre bien clairement l'avertissement donné par Papinien dans la L. 44, pr., *de poss.* : « *Dixi* JUS POSSESSIONIS *ei, qui condidisset, non videri (immemoria) peremptum : — alioquin responsuros*, PER MOMENTA *servorum, quos non viderimus interire possessionem!* »

Ce caractère exceptionnel de la *custodia* a pour conséquence que toutes les fois qu'elle se trouve exclue par une circonstance quelconque, la règle de la possession immédiate reprend tout son empire. Si les filets du chasseur se détachent, ou s'il n'est

(1) L. 83, § 1, *de reg. jur.* « *Non est novum ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit a quo incipere non potuerunt.* » L. 30, § 5, *de poss.* « *retinere enim animo possessionem possumus, apisci non possumus.* » La proposition de Baron (p. 67) : « Ce qui se dit de la conservation de la possession se dit aussi de son acquisition, » n'est donc pas exacte d'une manière aussi générale. Elle ne convient qu'à la possession obtenue par *custodia*, par des lacets, etc., etc. (p. 221, note 3).

pas maître du lieu où il les a placés, ils ne pourront lui conférer la possession de l'animal, il faudra qu'il vienne lui-même s'en emparer (1). Si le *vivarium*, le parc, est trop étendu, ou l'étang trop vaste, il faudra encore une appréhension proprement dite pour produire une possession réelle, la *custodia* n'étant alors qu'imparfaite (2). De même, le fonds est plutôt un obstacle à la possession du trésor qu'une *custodia*, et c'est pour cette raison que Sabinus exige que le trésor soit retiré de terre (3). Cette limite entre la *custodia* et la possession originaire, limite qui a été exposée plus haut, p. 205, note 3, p. 214 et s., p. 327, note 3, a été méconnue par Baron, p. 58, 59, 63, 67, 78, 82. D'après sa manière de voir, une appréhension ne serait jamais requise en Chine, puisque la grande muraille fait de tout le céleste empire un vaste *vivarium*.

§ 19.

ACQUISITION PAR SUITE D'UNE APPRÉHENSION ANTÉRIEURE.

NUM. 72.

(P. 225, à la note 1.)

Nous recommandons ce texte à ceux qui prétendent que la volonté doit préexister à toutes les autres conditions et qui blâment l'auteur de prendre, à la p. 199, pour point de départ

(1) L. 55, *de adq. rer. dom.*; PLIN. *Ep.* 1, 6. « *Ridebis et licet rideas. Ego ille, quem nosti, apros tres et quidem pulcherrimos, cepi.* IPSE, *inquis?* IPSE — AD RETIA SEDEBAM; *erant in proximo non venabulum aut lancea, sed stilus et pugillares. Meditabar aliquid enotabamque ut,* SI MANUS VACUAS, *plenas tamen ceras reportarem.* — *Jam* UNDIQUE SILVÆ *et* SOLITUDO *ipsumque illud silentium quod venationi datur.* — *Experieris, non Dianam magis montibus, quam Minervam inerrare.* »

(2) L. 3, §§ 11, 15, *de poss.*

(3) L. 3, § 3, *de poss.*

la détention et l'appréhension, en y adjoignant la volonté (*animus*) comme condition ultérieure (§ 20, p. 229).

Num. 73.

(P. 228, note 2.)

L'acquéreur n'a donc pas d'interdits tant que la condition est en suspens. Au contraire, si la propriété est transmise sous condition, il usucape, sauf seulement *pro emptore*. L. 2, § 2, *pro empt. Fragm. Vat.*, § 111, *in fine*. Wilhelm Sell (*Bedingte Traditionen*, 1839, p. 36, 37) a confondu les deux cas, ainsi que l'a remarqué Ihering (*Richter's Jahrb.*, 1847, p. 882-886, 897 et s.).

§ 21.

PERSONNES INCAPABLES D'AVOIR L'ANIMUS POSSIDENDI.

Num. 74.

(P. 231, ligne 7.)

L. 45, § 1, *de usurp.* : « *Post mortem domini servus hereditarius (non) peculii nomine rem cœpit tenere; usucapionis primordium erit tempus hereditatis aditæ : quemadmodum enim usucapietur, quod ante defunctus non possederat?* »

Num. 75.

(P. 232, note 1, à la fin)

Kuhne (1), Goldschmidt (2) et beaucoup d'autres parmi les

(1) *Jurist. Wochenschr. für die Preuss. Staaten; Jahrg.* 10 (1844), nos 23, 24, col. 190-194.

(2) *Archiv für civil. Praxis*, 39 (1856), p. 434 et suiv.

auteurs les plus récents enseignent que toute personne *infantia major* a la capacité nécessaire, et c'est de cette manière qu'ils expliquent aussi la L. 1, § 3, *de poss.* En faveur de cette opinion, on peut invoquer la L. 1, § 11, *eodem :* « MAXIME (principalement) *tutore auctore* » (par conséquent dans d'autres cas aussi). L. 4, § 2, *de usurp. : « Pupillus si tutore auctore cœperit possidere, usucapit; si non tutore auctore possideat,* ET ANIMUM POSSIDENDI HABEAT, *dicemus posse eum usucapere.* » On admet donc la capacité; le fait seul peut être douteux.) L. 22, § 1, *de precario : « Labeo ait habere eum precariam possessionem et hoc interdicto teneri : nam quo magis naturaliter possideretur nullum locum esse tutoris auctoritate... quoniam sive habeat rem officio judicis tenetur, sive non habeat non tenetur.* » — Une raison intrinsèque se trouve dans l'acquisition de possession attribuée à l'enfant (num. 77).

NUM. 76.

(P. 242, à la fin de l'addition de la 6e édition.)

Des objections contre l'opinion de Puchta se trouvent dans ZIELONACKI, p. 98, et dans LENZ, p. 161.

NUM. 77.

(P. 243, à la fin de l'addition de la 7e édition.)

On adoptera cette nouvelle opinion de l'auteur en ce qui concerne, en premier lieu, l'acquisition de la possession au profit de l'enfant par le tuteur (qui le représente) et, en second lieu, l'acquisition faite concurremment avec le tuteur (qui assiste l'enfant), pourvu que cette manière de voir se base sur la leçon florentine corrigée : *nam alioquin nullus sensus infantis est accipiendi possessionem,* et que l'on explique l'*utilitas* dans ce

sens que, d'après la règle générale, l'*auctoritas* ne saurait suppléer la volonté qui manque à l'enfant pour pouvoir acquérir la possession (1). Mais pour ce qui concerne, en troisième lieu, l'acquisition de la possession par l'enfant agissant seul, c'est-à-dire sans être représenté ni assisté par son tuteur, tout ce qu'on peut induire de la L. 1, § 3, *de possessione*, et de la L. 26, C. *de don.*, c'est que la possibilité juridique d'une telle acquisition ne saurait être admise, du moment qu'on se place au point de vue, non pas des effets produits, mais des conditions requises. Mais il faut aussi se rappeler que toute cette incapacité des impubères n'a été introduite que dans leur intérêt (pr., I. *de auct. tut.*). Dès lors, s'ils ne peuvent faire de stipulation ni acquérir par mancipation tant qu'ils ne peuvent parler (GAIUS III, 107-109; § 10, I. *de inut. stip.*), ce motif d'incapacité n'existe plus lorsqu'il s'agit d'acquérir la possession, ce qui se fait *corpore et animo*. Il faudra donc admettre, même chez les enfants, une acquisition de possession dès que la possession aura commencé physiquement (*corpore*), pourvu qu'elle se fasse uniquement à leur avantage. Mais comme l'enfant ne peut pas lui-même décider cette question, l'acquisition ne sera que provisoire (*interim*), c'est-à-dire jusqu'à ce que le tuteur l'ait examinée; elle se fera donc sous condition résolutoire, et sera rétractée si le tuteur refuse son approbation (2). Rien ne s'oppose à l'admission d'une semblable possession provisoire : 1. lorsqu'il s'agit de la succession paternelle que l'enfant acquiert en qualité de *suus heres* (3), car

(1) L. 1, § 2, *de adm. tut.*

(2) Il faut en effet se rappeler que, pour un état de choses continu comme la possession, l'*auctoritas* peut aussi se réaliser subséquemment *arg.* L. 22, § 1, *de precario*); c'est ce que Puchta a complétement oublié.

(3) SAVIGNY, *Syst.*, III, p. 52, note *aa*.

l'exclusion de l'usucapion lucrative des tiers (1) prouve à elle seule que cette possession d'hérédité est, comme l'hérédité elle-même, considérée comme un avantage pur et simple; 2. lorsqu'il s'agit de donations dont l'acceptation renferme évidemment, dès qu'elles ne sont pas grevées de conditions onéreuses, un avantage pur et simple qui ne doit pas être enlevé à l'enfant. Cela suffit pour prouver que l'*auctoritas* immédiate n'est pas une condition de l'acquisition de la possession, quand même les Pandectes florentines ne prouveraient pas que la L. 3, C. ne vise pas la L. 32, § 1. Il ne peut être question non plus de la *lex Cincia*, puisque les mots *a quacunque persona* (c'est-à-dire *sive non excepta, sive excepta*) prouvent qu'il ne s'agissait pas du tout d'écarter la prohibition des donations en dehors des rapports d'amitié (2).

Les auteurs les plus récents sont, du reste, loin de s'entendre sur ce point.

Quelques-uns cherchent le complément de la volonté qui manque à l'enfant non pas dans celle du tuteur, mais (comme Puchta) dans celle de l'auteur de la tradition (par exemple, KUHNE, *jurist. Wochenschr. für die Preuss. Staaten*, 1844, *num.* 23, 24, *col.* 189). Mais, d'abord, le mot *interim* n'aurait alors aucun sens (car ce mot ne veut pas dire « déjà maintenant, » comme le pense Puchta); ensuite il faudrait décider de même pour toute tradition, même à titre onéreux; en troisième lieu, l'auteur de la

(1) GAIUS, III, § 201. L. 2, C. *pro herede.*

(2) **Labéon** aurait peut-être encore ajouté le *precarium* comme troisième cas, puisque ici également il n'admet pas d'*obligatio* proprement dite, mais seulement une restitution *officio judicis* (sans clause pénale). L. 22, § 1, *de precario.* Mais il est vrai qu'il ne parle que de pupilles et non pas d'enfants.

tradition serait non-seulement en quelque sorte tuteur *ad hoc* de l'enfant, mais aussi *auctor in rem suam*.

LENZ (p. 150 et s.) entend par cadeaux que l'on fait aux enfants les objets qu'ils aiment à saisir : « leurs cris, lorsqu'on veut les leur enlever, prouvent qu'ils veulent les garder, » — ce qui nous ramène aux châtaignes d'Azon (p. 240, note 4); mais les préteurs et les jurisconsultes romains n'auront sans doute pas accordé à ces petits cadeaux autant d'importance qu'aux fonds de terre dont s'occupent la L. 26, C., *de donat.*, et, probablement aussi, notre L. 3 (car dans la L. 2, C., *de donat. sub modo* — *Fr. Vat.*, 283, *rerum* est interpolé à cause de *stipendiariorum*).

DENZINGER (1) nie complétement l'acquisition *par* le tuteur, parce que la loi ne parle pas précisément d'un *infans*, pour lequel le besoin se faisait sentir tout particulièrement. Quant à l'acquisition avec le concours du tuteur, il y voit une représentation, par le motif que l'*auctoritas* ne suppose pas d'action posée par l'enfant (?). Il restreint avec raison l'acquisition faite sans aucun concours du tuteur aux actes purement lucratifs; seulement il ramène à une assistance tout exceptionnelle ce qui résulte déjà des principes généraux sur la capacité des impubères.

§ 22.

POSSESSION DES DIVERSES PARTIES D'UNE CHOSE.

NUM. 78.

(P. 245, à la fin.)

Voici comment ces passages, qui concernent l'usucapion, se rattachent l'un à l'autre. Si une portion indéterminée d'une chose

(1) *Archiv für civil. Praxis*, XXXI, 1848, nos 7 et 10.

pouvait être usucapée, elle devrait aussi pouvoir être revendiquée. On peut raisonner de la sorte, quoiqu'on ne puisse conclure *vice versâ* de la revendication à la possession, à cause du côté matériel de celle-ci; voy. L. 1, § 3, et L. 3, pr., *de rei vind.*, comp. à L. 30, § 2, *de usurp.* Or, une *vindicatio incertæ partis* n'est possible que par exception et pour des motifs tout spéciaux, L. 76, § 1, *de rei vind.* GAIUS, IV, 54; dès lors l'usucapion, qui y conduirait, doit également être écartée. L'interdit *uti possidetis* suit naturellement le sort de la revendication, L. 1, § 7, *uti possid.*

NUM. 79.

(P. 245, note 4, à la fin.)

Il sera plus exact d'admettre, conformément au texte précédent, que Pomponius, loin de trouver l'explication de Labéon trop subtile, la déclare au contraire seule conforme aux principes. Le sens serait donc celui-ci : « Quoique, d'après l'opinion généralement reçue, les divers *socii* semblent posséder, aucun d'eux ne possède dans le sens juridique du mot, comme le remarque fort bien Labéon. » *Neminem mera subtilitate possidere* revient alors à *civiliter non possidere.* Cette explication est développée davantage par RUDORFF sur PUCHTA, *Vorlesungen*, 4e éd. vol. I, p. 483, 484; 5e éd. vol. I, p. 486, 487.

NUM. 80.

(P. 250, note 2, à la fin.)

Les déviations du texte florentin ne reposent ici encore que sur d'anciennes émendations, qui ne sont même pas à l'abri du doute. Si *dominium mutare* n'était pas d'un usage si fréquent, on pourrait donner la préférence à *dominum.*

Num. 81.

(P. 258, à la fin du § 22.)

Depuis la 6e édition, la L. 30, *de usurp.*, a donné lieu à toute une série d'écrits qui ont du moins fait mûrir la question.

Windscheid (1) admet que celui qui prend possession d'un tout ne possède que le tout. Mais lorsqu'il combine et réunit des choses séparées, ces choses conservent à ses yeux leur nature première et sont l'objet de possessions distinctes. Cette différence résulterait du mot *possedisse* dans la L. 30, pr., *de poss.*, mot qui viendrait du verbe transitif *possido*, et désignerait le fait de prendre possession. — Ce sens nous paraît un peu trop caché.

Madai (2) pose en principe que celui qui est en voie d'usucaper un objet mobilier ne perd pas cet avantage, lorsque cet objet est réuni à un autre objet, soit meuble, soit immeuble; sans qu'il faille se demander s'il continue à pouvoir être reconnu comme chose distincte et individuelle. — Mais entendre les mots *cum utrumque maneat integrum* dans ce sens : « parce que l'un et l'autre de ces objets reste mobilier, » cela ne se concilie pas avec la doctrine que la réunion avec une chose soit mobilière, soit immobilière, est un fait indifférent.

L'opinion de Binding (3) ne diffère de la précédente qu'en ce que cet auteur soutient que le possesseur de la chose composée n'aura besoin que d'y fixer ses regards pour en acquérir et en conserver la possession. — Mais si la chose a une fois été con-

(1) Sell's *Jahrb.* I, 12 (1841). *Lehrb. des Pandektenrechts* (1862), p. 377, 378.
(2) *Archiv für civil. Praxis*, XXV, 10 (1842).
(3) *Archiv für civil. Praxis*, XXVII, 9, 15 (1844).

sidérée comme partie, le prix que le possesseur y attache ne saurait tirer à conséquence.

PAPE (1) reconnaît que la possession et l'usucapion des diverses parties disparaissent, même lorsque la réunion de ces parties n'a eu lieu que postérieurement; mais il admet que l'usucapion continue s'il ne manquait plus que dix jours à sa perfection, et cette exception, il ne la limite pas aux matériaux de construction et à divers propriétaires faisant valoir chacun ses droits, ce qui réduit sa décision à un simple expédient fondé sur des motifs d'équité.

D'après STEPHAN (2), Labéon aurait dit : L'usucapion des briques et des colonnes employées dans la construction d'un édifice subit une interruption, alors même qu'il n'aurait plus manqué que dix jours à sa perfection. Malgré cela, le possesseur de bonne foi de l'édifice acquiert aussi par usucapion la propriété des matériaux, mais d'une manière révocable seulement, c'est-à-dire jusqu'à ce que ces matériaux soient de nouveau séparés. Au contraire, si l'on réunit une pierre précieuse et de l'or, la possession distincte de ces deux objets n'est pas interrompue; ils sont possédés et usucapés chacun d'une manière distincte, *quum utrumque maneat integrum*. Le principe de Stephan est donc, contrairement à celui de Madai, que l'usucapion d'un objet mobilier est interrompue par sa réunion avec une autre chose mobilière ou immobilière, du moment qu'il cesse d'être distinct et devient partie intégrante de la chose à laquelle on l'incorpore. Dès lors on n'a besoin d'aucune disposition exceptionnelle lorsque les matériaux de construction et la maison ont des propriétaires différents, on ne distingue pas entre l'incorporation originaire

(1) *Linde's Zeitschrift.* Nouv. série, IV, 6 (1847).
(2) *Archiv für civil. Praxis,* XXXI, p. 373 (1848).

ou subséquente, et enfin on ne restreint pas le principe au cas où la réunion se fait avec une chose immobilière.

Cette opinion est sans contredit la plus simple et la plus logique ; car si la raison pour laquelle on exclut l'usucapion d'une partie se trouve dans l'impossibilité de la posséder et de l'usucaper autrement que comme incorporée au tout, cette raison sera toujours vraie, soit que la réunion ait eu lieu dès le principe, soit qu'elle n'ait eu lieu que plus tard. Dans ce dernier cas aussi, l'usucapion distincte devra subir une interruption.

De même, on ne pourra admettre que, pour les matériaux de construction, la suspension de l'*actio ad exhibendum* et de la revendication exerce de l'influence sur l'usucapion, puisque c'est le même principe qu'il faut appliquer ici (1), tandis que la suspension de ces actions n'empêcherait pas l'usucapion, cette suspension ayant même lieu lorsque l'auteur de la construction n'a plus besoin de l'usucapion, parce qu'il est déjà propriétaire de l'édifice (2). En effet, comme la possession distincte des matériaux employés n'est guère possible, il faut admettre l'interruption de l'usucapion alors même qu'il ne lui manquerait plus qu'un petit nombre de jours, de sorte que sous peu le constructeur aurait pu employer, non pas un *tignum alienum*, mais une chose devenue irrévocablement sa propriété (3). Il est vrai que, nonobstant cette interruption, une nouvelle usucapion va

(1) L. 7, § 11, *de adq. rer. dom.* — L. 23, § 7, *de rei vind.* — L. 23, pr., § 2, *de usurp.* — L. 30, pr., *de poss.* L. 36, *de evict.* L. 8, *quod vi aut clam.*

(2) § 29, I. *de rer. div.*

(3) Les *decem dies* impliquent donc un doute sur l'interruption, et non une raison de décider en faveur de la continuation par le motif que la revendication aurait été négligée pendant les dix jours accordés au possesseur : *Nov.* 53, *c.* 3, pr.

commencer : *nihilominus eum usucapturum si ædificium possedisset*. Mais c'est l'usucapion en matière d'immeubles, les pierres et les colonnes étant devenues parties intégrantes d'un immeuble (1). — De même, la revendication des matériaux après la démolition de l'édifice ne peut se rattacher à la suspension, ni au principe que l'usucapion ne court pas contre celui auquel il est interdit d'agir. Elle résulte tout simplement de ce que la propriété des matériaux ne se perd que par une réunion irrévocable avec l'immeuble ou moyennant une indemnité (2).

Enfin, en présence du principe qui exclut la possession distincte des parties d'un tout, la différence entre les choses mobilières et immobilières ne saurait être prise en considération. Sans doute il ne pourra être question de délais inégaux, lorsque les deux objets sont l'un et l'autre mobiliers (3), mais l'impossibilité d'une possession indépendante de la partie est la même ici qu'ailleurs (4).

Num. 82.

(P. 261, note 1, à la fin.)

Voy., plus haut, le num. 10.

Num. 83.

(P. 264, ligne 15.)

L'explication pourrait se trouver dans ce fait que tous deux

(1) L. 23, pr., *de usurp.*, L. 8, *quod vi;* d'après cette loi, le plus ou moins de force de la cohésion produite entre les deux objets importerait peu. — Lenz, p. 147-149, dit erronément que la possession n'est requise que pour le commencement de l'usucapion, et que « toute espèce d'usage » suffit pour la continuation.

(2) L. 23, § 4, *de rei vind.*, § 29, I. *de rer. div.* L. 2, *de tigno juncto.*

(3) L. 23, pr., § 2. L. 30, § 1 *in fine, de usurp.*

(4) L. 30, pr., *de poss.* Cf. L. 7, § 1, *ad exhibendum.*

sont presque *loco domini;* sans cela l'emphytéote, qui ne possède pas, ne devrait pas pouvoir acquérir les fruits.

§ 23.

POSSESSION DÉRIVÉE.

NUM. 84.

(P. 256, note 3, à la fin.)

HOEPFNER (*Besitzrechtsmittel*, p. 3) méconnaît le sens de ce passage, lorsqu'il lui fait dire que le fermier, « qui n'est cependant que *nudus detentor,* » a l'interdit *de vi*. Cela n'est vrai que dans l'opinion de Hœpfner, p. 46, note 84.

NUM. 85.

(P. 276, note 2, à la fin.)

Voy., plus haut, p. 104, note 1, et p. 111, note 1, passages d'après lesquels il faut admettre une *juris possessio*. La *corporis possessio* apparente ne peut s'expliquer que plus loin, § 47, d'après l'interdit.

EMMERICH (1) qui, en 1860, ne connaît pas encore la 6e édition de cet ouvrage, puisqu'il cite une proposition qui figure pour la dernière fois dans la deuxième édition (1806), p. 273, note 3, et qui est déjà supprimée dans la troisième (1818), a eu l'idée singulière d'entendre par *quasi dominus* un voisin envoyé en possession d'un étage supérieur *ex secundo decreto*. Il en donne la raison suivante. « Dans les éditions (*sic*) florentines des Pandectes, ce paragraphe et le suivant n'en forment qu'un seul (?). Or, au § 8, il est question de la possession de tous les *missi rei*

(1) *Linde's Zeitschrift*, XVII, n° 1.

servandæ et custodiæ causa, ce qui nous indique que dans le paragraphe cité il est question de la possession du *missus ex secundo (?) decreto.* » Le *quasi dominus* doit avoir fait à Emmerich des révélations dont le jurisconsulte romain n'a pas connu le premier mot.

AD. SCHMIDT (1) fait observer que la L. 3, § 7, *uti possidetis* (p. 273), devient plus précise lorsqu'on met un point devant *verum est* : « *Verum est* —; *ceterum rel.* »

Par contre, la proposition de BARON (2) de lire « *verum est hoc* ET *in eo qui aditum ex publico* NON *habuit* » ne fait que rendre le texte moins clair et moins correct. Baron suppose que celui qui occupe les caves conteste au possesseur du rez-de-chaussée la possession des étages supérieurs. Dans ce cas, il lui sera sans doute indifférent que l'escalier menant à ces étages supérieurs parte de la rue ou de l'intérieur de la maison : car celui qui occupe le rez-de-chaussée est toujours possesseur proprement dit de la maison (3). Mais, d'après Labéon, l'adversaire de ce dernier, loin d'habiter les caves, occupe l'étage supérieur et prétend posséder *quasi dominus* l'ensemble de l'édifice. Il s'agit donc, entre celui qui occupe le rez-de-chaussée et l'habitant de l'étage supérieur, d'invoquer l'interdit *uti possidetis* EAS ÆDES. Le procès ne concerne pas du tout les habitants du souterrain; ils sont des tiers sans intérêt aucun, et ne pourraient jamais songer à l'interdit *uti possidetis eum* FUNDUM que Baron leur accorde (p. 119) aux dépens des habitants du premier. Dans une cave il n'y a pas de *fundi.* — La solution dépend de la

(1) *Interdictenverfahren,* p. 65, note 49.

(2) *Gesammtrechtsverhæltnisse,* p. 116-120.

(3) LIV. 39, 14. « *Consul rogat socrum, ut aliquam partem ædium vacuam faceret, quo Hispala inmigraret. Cenaculum super ædes datum est, scalis ferentibus in publicum obseratis, aditu in ædes verso...* »

question de savoir à laquelle de ces habitations mène la porte de la maison; celui qui dispose de cette porte est évidemment le maître de la maison. Or, la porte de la maison, c'est l'entrée en venant de la rue, *aditus ex publico*, et non pas la porte de l'escalier à l'intérieur de la maison. Dès lors si cette porte d'entrée mène à l'étage supérieur, il faudra considérer cet étage comme formant la maison, et le rez-de-chaussée, *crypta* (1), sera regardé comme un souterrain. Si, au contraire, la porte mène directement au rez-de-chaussée, celui-ci sera l'habitation principale; la personne qui l'occupe triomphera dans l'interdit *uti possidetis eas ædes*, le *cenaculum* en sera une simple dépendance (*superficies solo cedit*) et celui qui l'habite ne pourra invoquer avec fruit l'interdit *uti possidetis eas ædes*. Seulement des droits superficiaires pourront naturellement lui être réservés.

Dans un article antérieur (*Zeitschr. für gesch. Rechtswiss.*, XI, 1842, p. 351, 352) et dans mes annotations sur PUCHTA (*Vorlesungen*, 1862, I, p. 302, note 5), j'avais fait remarquer le rapport entre le § 7 et les §§ 5 et 6. Je n'ai jamais cru un seul instant, comme Baron le prétend, p. 119, note 4, qu'il pouvait être question dans le § 7 d'un procès entre les propriétaires de deux fonds de terre voisins.

BOECKING (2) et à son exemple BARON (p. 108-116) cherchent à écarter la conclusion admise encore par KIERULFF (3), et qui mène à reconnaître une *possessio duorum in solidum*. Ils disent à cet effet que le propriétaire possède le sol, ou plus exacte-

(1) SUETON. *Cal.* 58. « *Cum in crypta, per quam transeundum erat (ad prandium) pueri nobiles ex Asia ad edendas in scena operas evocati præpararentur, ut eos inspiceret hortareturque restitit.* » Il est évident que pour aller à la salle à manger de son palais, Caligula n'avait pas coutume d'en traverser les caves.

(2) *Pandekten*, § 126, note 7.

(3) *Theorie*, p. 368.

ment, selon l'expression de Baron, le sol et l'édifice, comme ne formant qu'un seul tout, tandis que le superficiaire possède l'édifice seul ; et ainsi ces deux possessions ont chacune un objet différent. Toutefois elles seraient impossibles en droit (p. 247, note 2). Baron veut, il est vrai, trouver dans la L. 15, § 12, *de damno infecto*, que l'envoi en possession de la superficie serait non pas impossible, mais seulement inutile. Mais il ne remarque pas que cette inutilité au point de vue de l'usucapion a mène précisément l'impossibilité juridique (*nec profuturum in possessionem ejus rei mitti* QUAM QUIS POSSIDERE NON POSSIT AUT EI NON EXPEDIAT, c'est-à-dire, dont l'appréhension sera en général impossible en fait, et tout au moins en droit). On peut encore remarquer à ce sujet qu'en matière de superficie, la protection légale s'accorde par le moyen d'un VELUT *uti possidetis interdictum*, c'est-à-dire d'un interdit quasi possessoire (L. 1, § 2, *de superficiebus*; L. 20, *de servitut.*). Un interdit *uti possidetis eam superficiem* ne se conçoit pas plus pour le superficiaire que pour le possesseur du sol lui-même : pour le superficiaire, parce qu'il ne prétend jamais être propriétaire, et qu'il n'agit pas *quasi dominus*, mais seulement en vertu d'un droit semblable à une servitude, c'est-à-dire *uti... superficie* FRUIMINI (L. 6, § 1, *de serv. præd. rust.*; L. 86, 4, *de leg.* I.); pour le possesseur du sol, l'interdit ne se conçoit pas non plus, parce qu'il ne peut pas posséder la superficie sans le sol, et qu'il ne peut donc se servir que de l'interdit *uti possidetis* EAS ÆDES (L. 3, § 7, *uti poss.*). Il est vrai que, d'après la L. 1, § 5, *de vi*, il en est un peu différemment de l'interdit *de vi*, et c'est ce que, d'après Baron, on ne pourra jamais expliquer dans le système de Savigny et de Rudorff, au point de vue de la quasi-possession d'un droit, parce que le *juris possessor* ne saurait être victime d'une *dejectio*. La preuve

en serait dans la L. 4, § 27, *de usurp.* : « *nec de via quis, id est mero jure, detruditur.* » Rien, au contraire, n'est plus facile à expliquer. L'interdit *de vi* s'applique textuellement à la superficie (L. 1, § 4, *de vi*), parce que celle-ci n'est pas un MERUM *jus*, comme le droit de passage, mais une chose corporelle qui se rattache au sol et qu'on réclame par la voie d'une *corporis* (et non *juris*) *vindicatio* plus ou moins modifiée (L. 73, § 1; L. 75, *de rei vind.*). Par contre, Baron se trouve hors d'état de fournir une explication tant soit peu satisfaisante de l'inconséquence qu'il y a à refuser l'interdit *uti possidetis*, malgré la prétendue possession, et à n'accorder qu'un interdit *uti fruimini* dans lequel on fait entrer la *causa ex lege locationis sive conductionis* (ou plutôt *venditionis* comme doit avoir porté l'Édit d'après la L. 1, § 2, *de superficiebus*). J'avais (1) déclaré nécessaire cette *causa*, afin de distinguer l'interdit *de superficiebus* de l'interdit accordé à l'usufruitier. D'après la L. 14, § 2, *de except. rei jud.*, ce dernier interdit ne pourrait admettre la *causa*, alors même que ce serait un louage ou une vente. Baron objecte (p. 113, note 6) que le rapport avec la superficie est déjà indiqué par le mot *superficie*. Mais lorsque le superficiaire donne la superficie en usufruit, on accorde l'interdit *uti superficie fruimini* (L. 1, § 6, *de superf.*), et cependant ce n'est pas là un interdit *de superficiebus*, mais un interdit *de usufructu*. L'objection de BOECKING n'est guère mieux fondée : il dit que le *fruimini* désigne non pas la quasi-possession du superficiaire, mais plutôt un droit réel du superficiaire vis-à vis du propriétaire; car *frui ex lege locationis* se dit en matière de bail, où cependant il n'est certes pas question d'un droit réel.

(1) *Zeitschrift für Gesch. Rechtsw.*, XI, 231.

Toute cette controverse sur la possession ou quasi-possession du superficiaire serait du reste bien inutile, s'il ne s'agissait que des termes de la formule de l'interdit. Mais il s'y rattache une question pratique fort importante. Si le superficiaire n'était possesseur que de l'édifice, il se verrait privé de tout droit le jour où celui-ci viendrait à être détruit, quand même le contrat (*ex lege locationis*) lui aurait assuré la jouissance du sol pour un long terme, à l'effet d'y élever un bâtiment. Il se trouverait à peu près dans la position fatale de l'usufruitier auquel on ne reconnaîtrait de possession qu'aux fruits et non pas à son *jus in re aliena*. Si l'on ne voulait pas laisser sans protection possessoire le droit du superficiaire, il fallait lui reconnaître une *quasi possessio*; mais celle-ci n'a, malgré la L. 81, § 3, *de leg.* I, pas plus de rapports avec la possession des servitudes que le droit de superficie n'en a avec le droit de servitude lui-même.

Num. 86.

(P. 282, ligne 2.)

L'auteur anonyme de la critique de la 6e édition de cet ouvrage blâme, à la p. 72, l'adoption d'une fiction, parce que le débiteur qui donne une chose en gage n'abandonne pas la possession *ad usucapionem*. Voy., au contraire, la L. 17, § 1, *de poss.* (p. 165, note 2).

Lenz (p. 106 et s.) rejette la fiction parce que la condition résolutoire potestative a pour effet de tout faire revenir au point de départ de la dation du gage, et que la possession du créancier devient ainsi la possession même du débiteur : de là la conséquence pratique que cette possession est comptée au débiteur pour parfaire l'usucapion. — Lenz méconnaît la portée de cette

accessio possessionis dont parle la L. 16, *de usurp.*; elle ne concerne pas l'usucapion, mais une de ces *reliquæ causæ omnes*, c'est-à-dire l'interdit *utrubi*, et de plus, d'après GAIUS, IV, 151, elle suppose nécessairement une fiction : *nam ei, quod nullum est, nihil accedere potest.*

DERNBURG (1) explique d'une manière tout à fait neuve la possession en matière de gage. Le débiteur usucape, d'après lui, non pas en vertu d'une espèce de partage de possession et par suite d'une représentation par le créancier, mais en vertu d'une disposition tout à fait exceptionnelle, sans possession aucune, à peu près comme l'hérédité. Le créancier n'a donc pas une possession dérivée, car il ne peut y avoir de succession en matière de possession, il ne peut y avoir qu'accession; il a au contraire la possession en vertu de sa volonté propre et indépendante : il veut avoir et garder la chose, bien que ce ne soit pas pour toujours. Voilà pourquoi la possession ne cesse pas nécessairement par l'extinction du contrat de gage, mais seulement par la restitution de la chose engagée (p. 60, etc.) (2).

Mais comme le droit du créancier gagiste va tout au plus jusqu'à l'intention de réaliser la valeur d'une chose appartenant à autrui, la possession qui correspond à ce *jus in re aliena* ne peut aussi être autre chose qu'une *juris quasi possessio* (comp. L. 45, *de damno inf.*). Or, s'il est vrai, et il serait difficile de le contester, que cette *juris possessio* se présente sous les apparences de la possession d'une chose corporelle, s'il est vrai que le créan-

(1) *Pfandrecht*, II, 1864, § 86; § 87, p. 62-67.

(2) C'est ainsi encore que BARON (*Gesammtrechtsverh.*, p. 122, 123) voit dans la division de la possession une impossibilité juridique, attribue la possession tout entière au créancier gagiste seul, et voit dans l'usucapion du débiteur soit une *accessio temporis*, soit une anomalie.

cier gagiste a, comme le débiteur, l'interdit *uti possidetis eum fundum* ou bien *utrubi hic homo fuit* (et non pas *hoc pignus*), puisque sans cela cette possession ne pourrait pas être comptée au débiteur, cela ne peut s'expliquer qu'en admettant une cession de possession se rattachant encore à l'ancienne *fiducia*. De même, on ne pourrait, sans admettre une transmission du droit, comprendre comment il se fait que le créancier, au lieu d'une *juris vindicatio* basée sur son propre droit, a, dans l'action Servienne, une véritable *corporis vindicatio* dérivant de la personne du débiteur. Comment expliquer sans cela que l'une et l'autre manquaient au *pignus prætorium* jusqu'à Justinien, et que la possession du moins manque à l'hypothèque jusqu'au moment de l'appréhension?

Que la possession ne connaisse qu'une accession et non pas une succession proprement dite, cela ne s'oppose nullement à l'admission d'une possession dérivée. La possession ne peut être qu'abandonnée et non pas transmise à un autre; or, l'abandon et l'accession de la possession remplacent ici la transmission (1). Il y a plus, c'est précisément l'accession qui suppose une dérivation de la possession : la possession du débiteur ne pourrait jamais accéder à une *juris quasi possessio* du créancier (2). Aussi l'*animus retinendi* et l'*animus adipiscendi* de la L. 37, *de pign. act.* ne constituent-ils pas du tout, comme le pense DERNBURG (p. 66),

(1) Quelque chose d'analogue se présente dans la *legitima hereditas*. La règle *in legitimis hereditatibus successio non est* empêchait même la délation successive; on eut recours à une *in jure cessio*. GAIUS, II, 35. L. 4, § 28, *de doli exc.*

(2) Comp. L. 13, § 13, *de poss.*, et L. 16, *de usurp.* : « *qui* (*pignori*) *accepit possidet adeo ut* ADDICI *possit ei possessio ejus qui pignori dedit.* » *Addici* est la leçon ordinaire (VANGEROW, § 200, note 1); mais CUJAS déjà a rétabli la leçon véritable *adjici* (d'après les Basiliques, 50, 3, 13, qui portent προστίθεται, et d'après la leçon florentine, *adici*).

la volonté propre du créancier gagiste (1). C'est plutôt la volonté résultant du contrat, volonté dont l'objet est de prendre et de garder la possession de la chose du débiteur en tant que cette possession est garantie par des interdits.

D'autre part, l'usucapion du débiteur, usucapion en vue de laquelle la volonté de posséder n'a nullement été abandonnée, ne doit pas être considérée comme quelque chose d'exceptionnel *nonobstant l'absence de possession*, mais au contraire comme la conséquence naturelle de la continuation de la possession *ad usucapionem animo suo, corpore alieno*, ainsi que cela résulte suffisamment d'une comparaison de la L. 33, § 4, *de usurp.*, et de la L. 44, § 3, *eod.*

De même, le refus de toute action possessoire au débiteur ne s'explique logiquement que par la dérivation de la possession, et non pas par la quasi-possession découlant du contrat de gage, comme le pense DERNBURG, p. 57, note 1 : car cette quasi-possession aurait plutôt pour effet de faire continuer les interdits possessoires du débiteur à côté des interdits quasi-possessoires du créancier, exactement comme à côté des interdits de l'usufruitier.

Il n'y a du reste pas de différence pratique entre la possession propre du droit et la possession dérivée à titre de propriétaire. DERNBURG croit, p. 67, que cette dernière ferait surgir la question de droit, mais c'est précisément tout le contraire. Sans doute la forme romaine de la possession du gage est un anachro-

(1) On devrait sans cela subtiliser tellement l'*animus* que la différence entre la possession et la quasi-possession d'un droit disparaîtrait. C'est ce que font encore, il est vrai, les auteurs les plus récents (KIERULFF, p. 353; BOECKING, *Pand.*, § 123 *d*, note 7 ; comp. cependant aussi *x*); mais les Romains ont même un terme spécial pour exprimer cette différence (*quasi-dominus*). L. 3, § 7, *uti poss.*

nisme depuis l'abolition de la *fiducia* (1); mais il est encore bien plus difficile d'admettre cette extension moderne de la volonté de posséder, qui supprime toute différence entre la possession et la quasi-possession. Dans le droit moderne, et au point de vue d'une législation nouvelle, l'idée d'une *juris possessio* que BRUNS (p. 479, 480) attache à la possession du gage serait seule conforme à la logique.

Mais DERNBURG (II, p. 53) et d'autres auteurs modernes qui ont écrit sur la possession et sur le droit de gage (BRUNS, *Besitz*, p. 6; SINTENIS, *Pfandrecht*, p. 231; BACHOFEN, p. 147) sont davantage dans le vrai lorsque, se séparant de l'opinion de l'auteur (p. 277, note 5), ils admettent que, dans l'hypothèque légale et conventionnelle, la possession commence au moment de l'appréhension. En effet, cela résulte non-seulement des textes romains (2), mais encore des interdits accordés au locataire contre le bailleur qui s'opposerait sans droit à l'enlèvement d'objets mobiliers (*int. de migrando*) et de l'*int.* (*Salvianum*) *adipiscendæ possessionis* du bailleur. La place que ces deux interdits occupent dans l'Édit de Julien et dans les Pandectes (XLIII, 31, 32) prouve déjà que le premier était une restriction,

(1) GAIUS, L. 13, § 1, *de Publiciana* : « *Illa scilicet ratione, quia neque creditor neque is qui precario rogavit eo animo nanciscitur possessionem ut credat se dominum esse.* » Voilà pourquoi l'esclave donné en gage n'acquiert pas de possession pour le créancier, quoique celui-ci le possède (JULIEN, L. 37, *de adq. rer. dom.*, et L. 1, § 15, *de poss.*, comp. à PAUL, II, 13, § 2); mais il n'acquiert pas non plus de possession au profit du débiteur, parce que celui-ci ne le possède pas. GAIUS, II, 90, 94. L. 1, §§ 6, 15, *de poss.*; comp. L. 50 *eod.*

(2) L. 10, *de pign.* « *Utilem actionem competere per quam dimidiam partem possessionis apprehendant singuli.* » L. 3, C. *eod.* « *Attamen auctoritate præsidis possessionem adipisci debent.* » L. 2, C., *de præt. pign.* « *In conventionalibus pignoribus vel hypothecis non solum tenentem creditorem adjuvari sed etiam si ab ea possessione cadat.* »

et le second une extension de l'interdit *utrubi* dont il est question immédiatement auparavant (XLIII, 30). Si l'appréhension ne donnait pas au bailleur l'interdit *utrubi*, il serait dénué de toute action possessoire; l'interdit *Salvianum*, en effet, n'est ni *retinendæ* ni *recuperandæ possessionis;* il protége seulement lors de l'appréhension et n'est donné qu'une seule fois, de même que la tradition du *pignus,* tradition que remplace l'appréhension, ne se donne non plus qu'une seule fois. Or, une prise de possession sans interdit *retinendæ possessionis* équivaudrait à l'absence totale de toute appréhension : JAVOLENUS, L. 22, *de poss.* « *non videtur possessionem adeptus is qui ita nactus est ut eam retinere non possit.* »

NUM. 87.

(P. 284, ligne 16.)

PFEIFER (§§ 29, 37) se base sur ce motif pour rejeter toute l'explication suivante; BRUNS aussi (p. 16) ne sait que faire du dépôt de la possession. La faute en est aux compilateurs de Justinien qui, par le moyen d'une interpolation, ont rapporté l'*accessio possessionis* à l'usucapion et à l'action en revendication, et ont par là rendu tout à fait obscur le sens des passages suivants. De même que les interpolations de ce genre à propos du *precarium* (p. 163 et s.) et l'*adjectio possessionis* à propos du *pignus* (L. 14, § 3, *de div. temp.;* L. 16, in f., *de usurp.*), l'une et l'autre concernent la question de possession qui se débat dans l'interdit *utrubi* (1). La différence consiste en ce que dans le

(1) Pour les matériaux de construction aussi, les mots *penes te — fuerunt* de la L. 23, § 2, *eod.*, pourraient s'expliquer ainsi ; mais il peut en même temps y avoir eu transposition de lignes, car *cohærentibus his in ædificio* semble avoir été après *possedisti.*

pignus et le *precarium* on admet une dérivation de possession parce qu'il y a *accessio possessionis* (p. 662, note 2); dans le séquestre, au contraire, c'est afin qu'il ne puisse pas y en avoir (*ut neutrius possessioni id tempus procedat*), car, sans abandon de la possession à un tiers, la possession litigieuse elle-même devrait être comptée à celui qui obtient gain de cause au possessoire (*victori*) pour compléter le temps le plus long de la dernière année écoulée. (GAIUS IV, 151, 152, 166.)

MUTHER (1), qui consacre tout un chapitre à la possession du séquestre (p. 226-244), ne donne pas non plus à celui-ci d'autre but que l'interruption de l'usucapion. Il songe si peu à un procès au possessoire et à la possibilité d'une interpolation, qu'il rejette même le *depositum possessionis* (voy., plus haut, p. 285, note 2; BRUNS, p. 7, 16). Mais il n'explique pas le but du séquestre dans le procès en revendication, dans lequel il n'y a pas de contestation sur la possession, et où l'usucapion s'accomplirait inutilement (*frustra complebitur anticipata lite*, selon l'expression de Papinien). S'il rattache la possession dérivée à une dation de gage réciproque, et s'il admet une accession de la possession du créancier gagiste à la *possessio ad usucapionem* du débiteur (p. 241), c'est une erreur manifeste. Il a seulement raison lorsqu'il dit que l'intention d'abandonner la possession doit s'induire des circonstances, et que la L. 17, § 1, *depositi* n'est absolue dans ses termes que parce qu'elle a en vue des circonstances de ce genre.

NUM. 88.

(P. 286, note 2.)

Cet argument est repoussé tant par PFEIFER, *loco cit.*, qui

(1) *Sequestration*, 1856.

affirme que « c'est brider le cheval par la queue, » que par BRUNS (p. 15, note 1); ils n'ont pas tort, quoique aucun des deux ne remarque le point capital, à savoir, que l'*accessio possessionis* doit être mise en rapport non pas avec l'usucapion, mais avec l'ancien interdit *utrubi* (voy. la note précédente).

NUM. 89.

(P. 287, à la fin du § 25.)

Une difficulté résultait de l'ancienne forme de l'interdit *utrubi*, d'après laquelle celui-là seul était protégé qui avait possédé le plus longtemps pendant la dernière année écoulée. Dès lors le *rogatus* et le débiteur devaient succomber au possessoire après l'extinction du *precarium* ou du contrat de gage. C'est pour l'empêcher que tantôt on admit l'*accessio possessionis*, tantôt on eut recours à une double possession (v. num. 49 de l'appendice). Cet expédient n'est plus nécessaire depuis que, pour les choses mobilières aussi, Justinien a déclaré suffisante la possession actuelle exempte de vice.

WOLLANK (*de poss. derivata*, p. 11) me reproche d'avoir, dans mes annotations sur Puchta (1), fait reposer la possession dérivée sur le principe de la cession des actions possessoires, et d'avoir admis une transmissibilité illimitée, alors que cependant la possession dérivée est exceptionnelle et que l'acquéreur est véritable possesseur, tandis que la cession des interdits ne donne pas plus la possession que la cession de la revendication ne donne la propriété. Il oublie que je n'ai pas seulement parlé de la cession des actions possessoires, mais de celle de tous les droits qui décou-

(1) *Pandekten*, § 125 *d*, p. 190 de la 9e édition, et *Vorlesungen*, § 125, note 1; 3e édition, p. 271.

lent de la possession; il oublie encore que j'ai cherché ailleurs que dans la cession la raison pratique de la restriction que j'admets. Je la trouve dans l'incompatibilité d'un bail, etc., avec la possession. Mais il ne s'agit pas ici seulement d'écarter un malentendu ; il s'agit d'une observation générale. Il est évident que les nombreux adversaires de la possession dérivée sont dominés d'une manière plus ou moins prononcée par cette idée qu'une telle possession renferme un élément spécialement romain qui heurte nos idées juridiques. En effet, on admet une transmission de possession là où il ne s'agit pas d'usucapion, mais seulement d'actions possessoires, et où une simple cession des interdits aurait parfaitement suffi. Si, malgré cela, la possession elle-même se transfère, et si l'on dépasse ainsi le but, cela repose d'abord sur le motif historique qu'en principe la représentation, et par conséquent aussi l'admission de représentants *in rem suam*, n'étaient guère connues en procédure romaine. Cela découle ensuite d'une raison pratique, car si l'on n'admettait pas une possession distincte, l'accession de la possession du cédant dans l'interdit *utrubi* aurait aussi été exclue. Ces deux motifs disparaissent dans la législation de Justinien. Alors déjà la possession dérivée n'était plus nécessaire, et la cession des actions possessoires aurait suffi ; à plus forte raison en est-il ainsi dans le droit moderne. Mais le désir de Justinien de rester fidèle aux anciens principes se manifeste précisément à propos de la règle : *Nemo alieno nomine agere potest;* se bornant à écarter l'*adstipulatio*, il conserve sans modifications la délégation et l'obligation solidaire des *correi,* dans lesquelles l'*adstipulatio* est tout au moins un facteur coopérant.

Une autre observation de WOLLANK (p. 8, 9) est dirigée contre KELLER qui soutient que dans le droit ancien l'usufruitier avait

une possession dérivée, plus tard une quasi-possession, et enfin la possession du droit d'usufruit. Wollank ne remarque pas que la L. 3, § 17, *de vi*, ne porte pas, comme le dit Keller (*Semestria*, p. 349, note 13) : *fuit in possessione*, mais *fuit* QUASI *in possessione*.

NUM. 90.

(P. 287, note 4.)

Cela repose uniquement sur le lien obligatoire résultant d'un contrat de bail, lien qui ne peut se concilier qu'avec un *precarium*, dont l'objet est la simple détention de la chose : L. 10, pr., § 1, *de poss.*, L. 37, *de pign. act.* Sans cela, le débiteur aurait ici aussi les interdits contre les tiers. Voy. p. 165, note 2.

NUM. 91.

(P. 289, note 3, à la fin.)

L'objection contre la leçon florentine disparaît également lorsque, au lieu d'insister sur le mot *possunt*, on le prend simplement dans le sens de *nobis non adquirunt*.

NUM. 92.

(P. 290, note 1, ligne 8.)

L'explication que donnent BREMER(1), IHERING (2) et v. SCHEURL(3) est moins acceptable, lorsqu'ils suppléent, d'après Doneau, une déclaration de volonté contraire de la part de celui qui reçoit la chose ; car Ulpien avait sans aucun doute sous les yeux le Digeste de Julien.

(1) *Linde's Zeitschr.*, nouv. série, XI, p. 249 et suiv.
(2) *Jahrb. für Dogm.*, I, p. 334.
(3) *Ibid.*, II, p. 26.

NUM. 93.

(P. 300, ligne 11.)

Cette opinion se trouve déjà dans la glose sur L. 42, § 1, *cit.* : « *Sed Jo. non distinguit inter generalem et specialem et ideo primo expone : procurator i. procurans : nam de habente et non habente mandatum dicit. Vel dic procurator i. gestor et statim specificat de procuratore et postea de gestore.* » Et de même dans le *summarium* de Bartolus : « *Per procuratorem habentem mandatum speciale vel generale acquiritur possessio domino etiam ignoranti, si hoc cadebat in generali mandato : sed si non cadebat vel nullum mandatum habebat ratihabitione adquiritur.* »

UNTERHOLZNER a contesté l'opinion de l'auteur dans sa critique de la 4e édition (1) et PUCHTA (*Kleine civilist. Schriften*, n° XXXII) a admis la *possessio ignorantis*, du moins quand il s'agit de mandats généraux ; mais alors il est difficile de comprendre pourquoi il en serait autrement du *procurator omnium rerum* qui est, d'après Cicéron (*pro Cæcina*, 20, 57), « *quasi quidam pæne dominus hoc est alieni juris vicarius.* » BREMER (2) a parfaitement établi que les deux passages cités dans le texte se rapportent au *negotiorum gestor*, et d'autre part il a soutenu l'acquisition de possession par le *procurator universorum bonorum*, en faisant, entre autres, remarquer l'anologie de ce cas avec celui de la tutelle (L. 1, § 20, *de poss.*), et surtout en signalant la nécessité pratique évidente confirmée par l'exemple remarquable dont il est question vol. XI, p. 243, dudit recueil, et par les décisions indiquées par SEUFFERT (*Archiv*, II, 135 ; V, 106 ; X, 134 et s.).

(1) *Krit. Zeitschrift für Rechtsw.*, IV, p. 387.

(2) *Linde's Zeitschr.*, XI, n° 7, et dans sa réplique contre Schirmer, même recueil, n° 12, vol. XVII, n° 1.

NUM. 94.

(P. 301, note 1.)

Il est dit au commencement : « *Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt* (parce que, n'ayant qu'une existence fictive, ils ne peuvent poser un acte de volonté). *Forum autem et basilicam hisque similia non possident sed* PROMISCUE *his utuntur*. Ce qui manque, c'est la détention à l'exclusion de tout autre, p. 2, note 1.)

WARNKOENIG *Archiv f. civil. Pr.*, XX, 1837, n° 13, p. 412-420), qui maintient la règle même à l'égard des personnes juridiques, oublie que son application directe devient impossible par l'absence de toute volonté personnelle, et que précisément pour cela il fallait nécessairement admettre une exception à la règle *ignoranti possessio non adquiritur* à l'égard des résolutions de ceux qui agissent en leur nom et qui doivent soigneusement être distingués de la personne civile elle-même (L. 15, § 1, *de dolo*, GAIUS, II, 195).

NUM. 95.

(P. 308, note 2.)

L'opinion correcte se trouve déjà dans la glose, dans Bartolus et dans Baldus sur la L. 30, pr., *ex. quib. causis maj.* Un nouvel argument résulte de GAIUS, II, 52 et III, 201 ; l'exclusion de la *lucrativa pro herede usucapio* à l'égard d'un *suus hæres* suppose que ce dernier ne succède pas à la possession. Comp. DUNCKER, *Zeitschr. f. Civilr. und Process*, XII, 1839, num. 3, p. 110, 111.

Num. 96.

(P. 309, note 2.)

Aussi exige-t-on, outre la mancipation, encore la tradition : Gaius, II, § 204 : « *heres (rem), si mancipi sit, mancipio dare aut in jure cedere possessionemque tradere debet,* » et dans les donations de Flavius Syntrophus (1) : « *Si tibi hortos... mancipio dedero vacuamque possessionem tradidero...,* » dans celle de Statia Irene (2) : « *mancipio dedit... eique vacuam possessionem monumenti cessit...,* » dans celle de Titus Flavius Artemidorus (3) : « *donationis causa mancipio accepit M. Herennius Agricola de T. Flavio Artemidoro... inque vacuam possessionem earum ollarum et cinerariorum T. Flavius Artemidorus Herennio Agricola ire aut mittere ossaque inferre permisit...* »

Num. 97.

(P. 309, note 4.)

Cette mise en rapport avec les *res furtivæ*, que l'auteur essaye d'établir, a contre elle les termes consacrés par la *lex Atinia* (L. 4, § 8, *de usurp.*). Bethmann Hollweg, dans son jugement sur la 6e édition de cet ouvrage (4), rappelle l'interdit *utrubi* à propos de la *lex Cincia* (*Fragm. Vat.*, § 311).

(1) *Orelli-Henzen*, n° 7321.
(2) *Zell. Delectus inscr.*, 1780.
(3) *Orelli*, n° 4358.
(4) *Jahrb. für wissensch. Kritik*, 1838, p. 284.

SECTION TROISIÈME.

PERTE DE LA POSSESSION.

§ 30.

COMMENT SE PERD LA POSSESSION.

NUM. 98.

(P. 315, ligne 14.)

LENZ (p. 219, note 2) déclare ne pas trouver de motifs suffisants pour un tel changement du texte florentin, changement sans doute plus favorable à la manière de voir de Savigny. Il eût suffi d'un coup d'œil sur l'édition de Torelli et sur celle de Gœttingue pour s'assurer que cette déviation n'existe que dans l'imagination de Lenz. Le texte florentin porte les deux fois *hisdem*, mais Brencmann observe : *aspiratio Florentiæ est deleta ut et paulo post; iisdem* est donc une ancienne émendation.

BARON (1) prétend que, même dans ce cas, Paul nie la séparation du *corpus* et de l'*animus*, parce que cette séparation est contraire à la théorie de Baron sur l'acquisition et la perte de la possession. Quant à la violation des principes les plus élémentaires que commettrait Paul en soutenant que même dans ce cas la possession ne pourra toujours se perdre que simultanément *corpore et animo*, Baron ne s'en inquiète pas, parce que, selon

(1) *Gesammtrechtsverh.*, p. 93, et *Zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes* dans *Ihering's Jahrb.*, VII, 57.

lui, « la précision rigoureuse des principes n'est pas toujours la vertu dominante des jurisconsultes romains. » Mais en réalité Baron accorde trop peu de confiance à la science des jurisconsultes romains (1), et en a trop dans ses lumières à lui. Il s'est ainsi mis dans l'impossibilité de saisir, sinon la « finesse » (*Jahrb.*, VII, p. 52), du moins la *vérité* de l'explication de Savigny, qualité infiniment plus précieuse aux yeux de la science que la réputation problématique d'une grande finesse.

NUM. 99.

(P. 318, ligne 16.)

GELLIUS, *Noct. att.*, II,12, § 4 : « *Nam si boni omnes, — ad alterutram partem dividi sese adjunxerint, tum eveniet, ut cum socii partis* SEORSUM UTRIUSQUE *fuerint — concordia per eos — restitui — possit.* »

C'est Hugo qui le premier a signalé ce passage, dans son annonce de la 6e édition de l'ouvrage de Savigny.

NUM. 100.

(P. 321, note 2.)

KIERULFF (p. 390, 391) et après lui LENZ (p. 212-220) font valoir pour le sens conjonctif qu'une volonté non accompagnée d'acte n'est pas une volonté véritable ; qu'avoir une chose sans la vouloir, ce n'est pas l'avoir réellement ; qu'ainsi la disparition de l'un des éléments constitutifs de la possession fait toujours aussi disparaître l'autre élément. Mais le texte des Basiliques n'exige pas dans tous les cas l'interprétation conjonctive : II, 3, 153 : Εἰ μὴ ψυχῇ καὶ σώματι παυσώμεθα νέμεσθαι : « *Nisi*

(1) *Gesammtrechtsverh.*, p. 89, 101, note 2. *Jahrb.*, VII, 137, 138.

animo ET *corpore desierimus possidere.* » De même dans la L. 3, § 1, *h. t.* : « *adipiscimur possessionem animo et corpore neque per se animo* AUT *per se corpore,* » l'un n'est certes pas compris dans l'autre; et cependant Paul est sans aucun doute le meilleur commentateur de la L. 153, *de reg. jur.*, puisque les deux passages sont de lui.

NUM. 101.

(P. 322, note 1.)

LENZ (p. 218) veut appliquer ce principe à toute acquisition d'un droit; cependant Papinien aussi ne l'applique qu'aux obligations : L. 46, *de poss.* : « *Ut enim eodem modo vinculum* OBLIGATIONUM *solvitur, quo* QUÆRI *adsolet, ita non debet* IGNORANTI *tolli possessio quæ* SOLO ANIMO *tenetur.*

NUM. 102.

(P. 322, ligne 20.)

HOEPFNER (1) évite toute difficulté dans l'interprétation du mot *utrumque* en niant la règle elle-même. Il prétend que la perte du *corpus* seul ne fait pas perdre la possession, et dès lors il trouve complétement oiseuse la distinction entre les actions possessoires conservatoires et récupératoires. — Il va de soi qu'il confond la continuation (relative) des interdits contre l'auteur de la *dejectio* avec la continuation de la possession elle-même.

LENZ (p. 213, 220) exige qu'on formule la règle d'une autre manière pour la pratique que pour la théorie; que là elle soit alternative, ici conjonctive (*et corpore et animo*) en l'honneur de l'unité de la possession. — Un peu plus de clarté ne serait pas mal placée, même dans la théorie.

(1) *Besitzrechtsmittel,* p. 27, note 48; p. 31 et suiv.

§ 31.

PERTE DE LA POSSESSION PAR SUITE D'UN FAIT MATÉRIEL.

NUM. 103.

(P. 324, note 2.)

Dans les matériaux réunis par M. de Savigny pour sa 7e édition, il se pose, sans la résoudre, la question suivante : « Lorsque la chose mobilière qui m'appartient m'est volée sans que je le sache, j'en perds la possession *solo corpore*. Que dire si le voleur repentant la restitue en secret? — Ai-je alors acquis une nouvelle possession *sine animo*, ou bien l'ancienne possession doit-elle être considérée comme rétablie sans qu'il y ait eu d'interruption? » — La question ne présente aucun intérêt à l'égard du voleur, car celui-ci succomberait au moins provisoirement dans l'interdit *utrubi;* mais elle en présente à l'égard des tiers à cause de l'usucapion. Il est certain que celle-ci a subi une interruption ; mais pour constituer la nouvelle possession, il suffit de l'ancien *animus* (p. 221) et du dépôt de la chose dans la maison de l'ancien possesseur (p. 209).

NUM. 104.

(P. 326, ligne 14.)

Il faudra aujourd'hui donner aussi dans ce passage la préférence à la leçon florentine. On peut dire, en effet, que nous avons la chose en notre pouvoir tant qu'il dépend de notre seule volonté d'en reproduire la détention, parce que nous connaissons l'endroit où elle est et que nous pouvons y arriver, ou bien parce que nous disposons à volonté de l'enceinte où elle se trouve (*custodia,* dans le sens local du mot), alors même que pour l'y

retrouver nous serions obligés de faire quelques efforts de mémoire ou de chercher pendant quelque temps. Comp. LENZ, p. 255-262.

NUM. 105.

(P. 326, note 3.)

LENZ (p. 278) repousse l'idée d'une fiction, parce que la continuation de la possession relativement à des esclaves fugitifs résulte, par une sorte de nécessité logique, de la nature même du cas. Mais Ulpien s'exprime d'une manière tout à fait semblable : L. 13, pr., *de poss.* « *Fugitivus idcirco a* NOBIS *possideri* VIDETUR, *ne nos ipse privet possessione.* » Si ce n'est pas une fiction légale proprement dite, ce n'en est pas moins une manière de voir conventionnelle : car comme tous les hommes sont libres de leur nature, il serait logique de considérer la fuite de l'esclave comme un commencement de possession de sa liberté. Cela n'est cependant admis que sous la condition bien expresse que l'esclave n'ait pas en vue un procès sur la question de liberté, mais qu'il se mette purement et simplement en opposition avec la loi. L. 3, § 10, *de poss.* L. 25, § 2, *de lib. causa.*

NUM. 106.

(P. 332, ligne 15.)

LENZ (p. 240), qui en général est très-exclusif et exagéré dans ses appréciations, nie l'exception tout entière. Mais Papinien déjà la reconnaissait comme une *possessionis amittendæ* SEPARATIO : L. 44, § 2. L. 47, *de poss.* La continuation de la possession *solo animo* jusqu'au moment où le possesseur apprend l'occupation du fonds par un tiers pourrait, il est vrai, s'induire de cette circonstance que jusque-là le *contrarius animus* ne

saurait se concevoir : L. 46, § 2. L. 27, *de poss.* Mais puisque, 1. la possession des choses mobilières est perdue dans ce cas ; que, 2. la *clandestina possessio* a en général tous les droits de la possession : L. 3, § 5 ; L. 53, *de poss.*, c'est évidemment une disposition tout exceptionnelle que celle qui fait continuer la possession de l'immeuble *solo animo*. La raison de cette exception n'est pas que le possesseur n'encourt pas ici le même reproche de négligence (L. 47, *de poss.*, comp. HYGIN, *de gen. controv.*, p. 124, 17), mais plutôt que l'interdit *utrubi* ne se perd que par une possession prolongée de l'adversaire. Il est plus important et plus difficile de préciser les limites de l'exception, limites que ne précisent même pas encore les auteurs les plus récents (1). Sous ce rapport, il faut distinguer : 1. à l'égard des tiers, la continuation ne pourrait être admise sans admettre aussi la double possession de Trebatius. Le possesseur du fonds n'a donc pas d'interdits ; son usucapion est interrompue ; mais au point de vue l'usucapion, le *clandestinus possessor* lui doit indemnité pour la possession perdue : L. 3, § 11, *uti poss.* 2. Toute l'anomalie est donc purement relative ; elle concerne seulement le rapport des parties entre elles. Au lieu d'un interdit récupératoire *de clandestina possessione*, le possesseur a un interdit *retinendæ possessionis*. Puisqu'il n'a jamais encore été en conflit avec l'auteur de l'occupation clandestine, on ne peut dire qu'il ait été dépossédé par celui-ci : il a donc l'interdit *uti possidetis* et par cet interdit il ne constate pas seulement sa possession actuelle (*retinet possessionem sc. ab altero*), mais de plus il l'assure aussi pour l'avenir par la nature pénale de cet

(1) Voyez BRUNS, *Jahrb. von Bekker*, IV, p. 46 et suiv. ; WITTE, *Linde's Zeitschr.*, nouv. série, XVIII, p. 255-269 ; WINDSCHEID, *Pandektenrecht*, p. 391.

interdit. — D'après cette manière de voir, le principe en question n'appartient pas à la matière de la perte de la possession, perte qui se produit incontestablement lors de l'occupation, mais à la section suivante, où il est question de l'interdit *de clandestina possessione* et de son équivalent, l'*exceptio clandestinæ possessionis* dans l'interdit *duplex uti possidetis*.

D'après WITTE (*loc. cit., num.* VI), la possession ne sera perdue qu'après l'expiration du délai accordé pour l'expulsion de l'intrus, et elle se perdra *animo;* malgré cela, la *possessio* de cet intrus sera toujours *clandestina*. Il y a là plus d'une contradiction.

NUM. 107.

(P. 337, note 3.)

Mais les Basiliques, 50, 2, 5 (*tom.* V, p. 49. *Heimb*) expriment très-clairement cette opposition par ὁ δὲ.

NUM. 108.

(P. 337, note 5.)

Le passage d'Ulpien s'explique mieux en se plaçant au point de vue de l'interdit *uti possidetis*, auquel il se rapportait d'après la rubrique. Dans cet interdit, l'avantage reste à celui qui n'a pas enlevé à l'adversaire la possession *vi* ou *clam*. Les mots *retinet ergo possessionem* ne désignent pas la continuation de la possession, mais (comme le *potior sit* de la L. 25, § 2, *de poss.*) le gain du procès dans l'interdit *retinendæ possessionis*, fait qui, pour les deux parties litigantes, est indépendant de la continuation de la possession. Or, cette proposition n'était pas contestée (GAIUS, IV, 150, 166), par conséquent Labéon lui-même l'admet-

tait, tout en refusant peut-être d'y voir précisément une *possessio plurium in solidum* (p. 157, 158, 170). Dès lors, il n'est pas nécessaire d'admettre une rectification de l'opinion de Labéon par Ulpien, ni une modification du texte florentin, d'après lequel l'opinion de Labéon est rapportée et approuvée en partie directement, en partie d'une manière indirecte.

NUM. 109.

(P. 337, note 7.)

Malgré tout cela, LENZ (p. 242) nie toute divergence d'opinion des jurisconsultes romains. Les Institutes auraient cependant pu le convaincre du contraire. Il y est dit, il est vrai, au § 5, *de interdictis* : « *Quin etiam animo quoque solo retineri possessionem* PLACET : *id est ut quamvis neque ipse sit in possessione neque ejus nomine alius : tamen si non relinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus inde discesserit, retinere possessionem videatur.* » Mais dans GAIUS, IV, 153, ce passage est différent : « *Quin etiam* PLERIQUE PUTANT *animo quoque retineri possessionem, quæ nostro nomine a nemine tenetur, ut scilicet tum possidendi animo solo, cum voluntate revertendi discesserimus, retinere possessionem videamur.* » Il est vrai qu'une bonne partie de ce fragment a été reconstruite par Huschke, mais le mot *plerique*, qui indique la controverse, l'absence d'unanimité, est à l'abri de toute contestation.

NUM. 110.

(P. 338, ligne 10.)

LENZ (p. 242 et suiv.) essaye d'établir une théorie tout à fait différente sur la perte de la possession des immeubles. Selon lui, la possession immobilière que l'on peut acquérir *animo* est

aussi conservée *animo*, et ne peut être perdue que *animo*. — Nous ne pouvons ni ne voulons contester la nouveauté de cette idée, dont on ne trouve une indication vague que dans Kierulff, p. 393-395; mais elle n'a aussi d'existence que dans la théorie possessoire toute spiritualiste de l'auteur. D'après les Romains, l'essai d'appliquer à l'acquisition et à la perte de la possession le principe qui en régit la conservation, constitue une erreur manifeste (1).

BARON (2) construit, d'après des sources que nous ignorons, l'histoire suivante de la *possessio solo animo*.

D'après le droit romain primitif, toute possession se perdait *corpore* lorsque le possesseur s'éloignait sans laisser de représentant pour garder la chose. Voilà pourquoi (3) tout interdit *de clandestina possessione* était impossible, et en effet jamais le préteur n'en a établi un dans son Édit.

Plus tard la jurisprudence reconnut, selon Baron, une continuation de la possession *solo animo*.

L'obstacle étant ainsi écarté, on devrait s'attendre à voir admettre l'interdit *de clandestina possessione*. Mais, d'après Baron, la jurisprudence aurait au contraire renvoyé l'ancien possesseur,

(1) GAIUS, IV, 153 (§ 5, I., *de interd.*), « *nec ulla dubitatio est, quin animo possessionem apisci non possimus.* » PAPINIEN, L. 44, §§ 1, 2, *de poss.* : « *Nec tamen eo pertinere speciem istam ut animo vidcatur* ADQUIRI *possessio — possessionem* AMITTI VEL *animo* VEL *etiam corpore.* » PAUL, L. 3, §§ 3, 6, *eod.* « *Neratius et Proculus solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio* — AMITTI *et animo solo potest, quamvis adquiri non potest.* » DIOCLET. et MAXIM., L. 4, C., *de poss.* : « *Licet possessio nudo animo* ADQUIRI *non possit, tamen solo animo retineri potest.* »

(2) *Gesammtrechtsverh.*, p. 90-107, et *Zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes* dans *Ihering's Jahrb.*, VII, n° III, p. 144-146, 162, 165.

(3) D'après le nouvel article dans *Iherings' Jahrb.*, VII, p. 145, note 166, l'absence seulement passagère en aurait été la raison,

s'il voulait rentrer en possession, à l'usage de la force et même de la *vis armata* : elle ne l'aurait protégé que dans le cas où il succombait devant l'intrus; c'est alors seulement qu'elle lui aurait accordé l'interdit *de vi*. Tel est le système de Baron.

Dans tout cela l'auteur oublie avant tout que l'interdit *de vi* suppose essentiellement une *dejectio* du possesseur antérieur par l'*invasor;* il ne peut donc être invoqué contre une possession clandestine.

De plus, il ne remarque pas que la L. 6, § 1, *de poss.*, est extraite non pas du livre 69 d'Ulpien *ad Edictum*, mais du livre 70. Elle ne traite donc pas de l'interdit *de vi*, mais de l'interdit *uti possidetis*. Dès lors, les mots : « RETINET *ergo* POSSESSIONEM *qui ad nundinas abiit* » ne peuvent désigner que le résultat favorable de l'interdit *retinendæ possessionis uti possidetis* avec effet récupératoire, c'est-à-dire la possession en tant qu'elle est également protégée, et non pas la possession corporelle *ad usucapionem*, encore moins la possession au point de vue passif, c'est-à-dire la qualité de défendeur dans le procès en revendication ou dans la pétition d'hérédité, laquelle possession passive ne fait pas partie du *droit* de la possession.

L'auteur restreint, il est vrai, cette expulsion violente et brutale aux cas d'absence passagère, de *saltus hiberni*, par exemple, aux voyages à des foires, ou aux maisons de campagne sans portier. Mais où sera la limite entre cette absence passagère et l'absence definitive, et comment l'auteur explique-t-il le défaut de toute protection légale dans le cas d'absence prolongée, alors que le besoin d'une telle protection se fera le plus vivement sentir (1)? — Ce qu'il y a de vrai dans tout cela, c'est que le

(1) L'auteur semble ou bien avoir confondu la déjection immédiate

succès de l'interdit *uti possidetis* (dont il peut seul être question ici) sera d'autant plus problématique que l'absence aura duré plus longtemps ; mais cette absence prolongée n'aura pas pour effet de le rendre légalement impossible. La preuve s'en trouve dans le passage bien formel que voici : FRONTINUS, *de controv. agror.*, 44, 4, : « *De loco, si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet, dum cetera ex interdicto diligenter peragantur : magna enim alea est litem ad interdictum deducere cujus est executio perplexissima. Si vero possessio minus firma est mutata formula ex jure Quiritium peti debet proprietas loci... si — locus est fere silvester, quo in genere est possessio minus firma, ne certetur interdicto, quodsi silva cædua sit post quintum annum parcissume repetatur. Si vero pascua sit et dumi ac loca pene solitudine derelicta* (1), *multo minorem possessionis habent fidem, propter quod minime de his locis ad interdictum iri debet. De quibus autem locis ad interdictum iri potest, sunt fere culta, quæ possessionem brevioris temporis testimonio adipiscuntur, ut arva aut vineæ aut prata aut aliud aliquod genus culturæ.* » L'ensemble du passage prouve qu'il s'agit là de l'interdit *uti possidetis eum locum* et non pas de l'interdit *de vi* ; cela ressort surtout de la remarque faite sur l'*executio perplexissima* et le *cetera ex interdicto*. Voy. là-dessus GAIUS, IV, 170.

Ailleurs le même auteur prétend que les jurisconsultes romains auraient déduit la continuation de la possession *solo animo* de la règle *prout quidque contractum est ita et solvi debet*. Mais elle est au contraire plutôt une déduction de cette proposition : *retinere*

(*ilico*) L. 17, *de vi*, avec l'absence passagère, ou bien avoir rattaché le mot *mox* de la L. 1, § 24, *de vi*, au mot *revertens*.

(1) Sur la *solitudo* des *saltus æstivi et hiberni* dans les montagnes de l'Apulie et de Rieti (en Ombrie), voy. VARRO, *de re rust.* 2, 2, 9.

animo possessionem possumus, apisci non possumus (L. 30, § 5, *de poss.*), puisqu'il ne s'agit pas de la perte, mais de la conservation de la possession. Nulle part cela n'est dit plus clairement que dans cette fameuse proposition de Quintus Mucius : « *æstivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere.* » Sans doute il ne s'agissait ici que de la conservation de la possession, sans aucune détention physique de la part du possesseur ou de son représentant ; mais en tant que cet *animus*, sans connaissance du fait de l'occupation, ne subit aucun changement, il en résulte cette conséquence : *non debet* IGNORANTI, ou *si furere cœperit tolli possessio quæ solo* ANIMO *tenetur*. L. 27, *de poss.*

Enfin, d'après Baron, celui qui a occupé l'immeuble pourra même invoquer les interdits contre le possesseur absent et n'aura à craindre que son EXCEPTIO *vitiosæ possessionis*. Ici se manifestent clairement les suites de l'idée fausse qu'il se fait de cette exception. La prétention d'être possesseur n'est pas repoussée ici par l'*exceptio vitiosæ possessionis;* elle est *ipso jure* sans fondement, parce que la possession non vicieuse à l'égard de l'adversaire est seule reconnue en droit, et la prise de possession clandestine serait contraire au principe qui condamne toute violence agressive (1).

Ces nombreuses erreurs auraient peut-être été évitées si l'auteur avait bien compris que tout acte qui enlève la possession constitue à plus forte raison un trouble de possession ; voilà pourquoi l'interdit *uti possidetis* ne concourt pas seulement avec les interdits restitutoires, mais même avec les *condictiones pos-*

(1) « *Quæsitum est,* — dit PAPINIEN dans la L. 18, pr. *de vi,* — *an emptori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset? Dixi non esse juvandum qui mandatum* ILLICITUM *susceperit.* »

sessionis, L. 2, *de cond. trit.*, au choix du demandeur (1), et c'est encore pour cela que dans l'interdit *utrubi* le même interdit sert à conserver et à récupérer la possession.

Sans doute il serait singulier que l'interdit *uti possidetis* exclût complétement l'interdit *de clandestina possessione*, tandis que les deux autres interdits restitutoires (*de vi* et *precario*) subsistent l'un à côté de l'autre. Mais d'abord cette anomalie est fort problématique, puisque l'*exceptio clandestinæ possessionis* subsiste toujours, et que nous ne savons pas si Julien n'avait pas aussi dans sa rédaction de l'Édit une clause pour l'interdit *clandestina possessione* dont il semble faire mention à la L. 7, § 5, *comm. dividundo*. En second lieu, cette anomalie, peu importe l'époque à laquelle elle s'est produite, peut être expliquée par l'usage peu fréquent de l'interdit *de clandestina possessione*, car la clandestinité est un état de choses transitoire qui s'évanouit aussitôt que l'ancien possesseur en a reçu connaissance, soit que l'une des parties expulse l'autre, soit que le possesseur renonce à sa possession.

§ 32.

PERTE DE LA POSSESSION PAR L'ANIMUS.

NUM. 111.

(P. 339, note 2.)

Dans ce dernier passage, Ulpien rejette l'opinion de Celsus (L. 18, § 1, *eodem*), d'après laquelle, dans le cas de tradition, la perte de la possession aurait lieu d'une manière absolue, et non

(1) De même que dans le domaine du droit proprement dit, on donne contre l'auteur de la *dejectio* une revendication et une *condictio triticaria*. C. IUS, IV, 4, L. 2, *de cond. trit.*

pas seulement sous la condition que l'autre partie acquière cette possession : et c'est avec raison, car on a en vue un abandon, et non pas une transmission (1).

NUM. 112.

(P. 340, note 2.)

ZIELONACKI (p. 36) explique *quæ est naturalis* par *quæ est res* ou *causa facti*; LENZ, p. 225 et s., par *quamvis naturaliter adquiratur* (L. 53, *de adquir. rer. dom.*). Ce qu'il y a en cela de vrai, c'est que le jurisconsulte n'oppose pas la *possessio ad interdicta* à la *possessio ad usucapionem*, mais la possession en général au droit. Il veut dire : Quoique la possession ne soit pas comme la propriété un droit proprement dit, mais en principe un état de fait seulement (2), et quoique la possession s'acquière donc, non pas par un acte de droit civil, mais d'une manière toute naturelle, par l'occupation (3), elle emprunte cependant au droit des caractères qui permettent de l'appeler un rapport de droit fondé sur la nature des choses (*res naturalis*). Or, comme le pupille ne peut aliéner de droits sans le concours de son tuteur (*nullam rem*) : ULPIEN, XI, 27, tandis qu'une femme ne peut seulement pas aliéner de *res mancipi* sans le concours de son tuteur, et qu'elle peut aliéner la possession qui est une *nec mancipi res* (*Fragm. Vat.*, § 1, *mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest*), il en résulte que toutes les fois

(1) Comp. V. SCHEURL, *Beitræge*, I, p. 202-205; LENZ, p. 230 et suiv.; WINDSCHEID, *Voraussetzung*, p. 144-146; *Pandektenrecht*, p. 302.

(2) FESTUS, v° *Possessio*, editio Müller, p. 233 : « *Non enim possessio est in rebus quæ tangi possunt nec qui dicit se possidere, is suam rem potest dicere.* »

(3) FESTUS, v° *Possessiones* : « *non mancipatione sed usu tenebantur.* » L. 53, *de adquir. rer. dom.*

que le pupille voudra aliéner la possession soit en la transmettant à un autre (*alienatio* dans le sens strict du mot), soit en se bornant à l'abandonner (*omissio*), il aura besoin de son tuteur du moment que la possession sera envisagée à son point de vue juridique et non pas simplement naturel, en d'autres termes, toutes les fois qu'elle sera perdue *animo* et non pas *corpore*. Car lorsque le pupille est dépossédé par un acte de violence, il conserve les interdits, tandis que s'il renonçait à la possession, il en perdrait tous les droits, ce qu'il ne peut précisément pas faire sans l'assistance de son tuteur.

NUM. 113.

(P. 344, note 1.)

A cause de la L. 6, § 1, *de poss.* (p. 336), LENZ (p. 229, note 2) soutient que Gaius nie seulement l'application de la défense d'usucaper les *res vi possessæ* (GAIUS, II, 51) et non pas la continuation de la possession, parce que l'auteur de l'occupation ne possède que clandestinement et que l'ancien possesseur continue donc à posséder. Il ne remarque pas : 1° que la courte absence de celui qui se rend à une foire ne permet certes pas d'induire une renonciation à la possession ; 2° que le maintien de l'ancienne possession de l'immeuble n'est vrai qu'à l'égard de celui qui l'occupe clandestinement (num. 106, 110).

SCHIRMER (1) applique ce passage à une suppression de l'élément matériel de la possession, sans emploi de violence ; mais alors la négligence et l'inaction prolongée pendant de longues années n'auraient plus aucun sens.

(1) *Zeitschrift für Civilrecht und Process*, nouvelle série, XI, p. 401, 402.

§ 33.

CONSERVATION DE LA POSSESSION PAR L'INTERMÉDIAIRE D'UN TIERS.

NUM. 114.

(P. 352, aux notes, ligne 2.)

SCHIRMER dans *Linde's Zeitschrift*, nouv. série, XI, p. 398, 467, 476. WITTE, dans le même recueil, XVIII, n° XV, § 11, p. 293-300.

NUM. 115.

(P. 352, aux notes, ligne 6.)

Il sera plus juste d'admettre, avec SCHIRMER, p. 465, 475, d'après CELSUS, L. 67, *de furt.*, et GELLIUS, *Noct. Att.*, XI, 18, § 23, qu'il n'y avait controverse que sur la nécessité d'une *contrectatio* dans le *furtum*, et que cette contróverse ne divisait pas précisément les deux écoles.

NUM. 116.

(P. 353, ligne 12.)

La leçon florentine *aliud* est cependant confirmée par le commencement qui annonce seulement la nouvelle question *si forte colonus... decessisset*, dans laquelle il n'est parlé de perte volontaire que pour faire ressortir l'opposition. Le pluriel *hæc esse vera* n'est pas du tout inconciliable avec cette supposition. Ajoutez à cela la différence entre *Proculus*, L. 31, *de dolo*, et les *libri Sabiniani*, L. 12, C. *de poss.* Ce qui est décisif, c'est le passage des Basiliques, 50, tit. 2, 40, § 1, ἕτερον ἐι προαιρίσει ἀνεχωρησεν, le manuscrit de Colladon cité par Keller (*Pandekten*, p. 235, note 30), et appartenant aujourd'hui à Mommsen, ne saurait contre-balancer cette autorité.

NUM. 117.

(P. 355, note 2.)

GELLIUS, *Noctes Atticæ*, XI, 17, § 13. « *In quo* (*Sabini libro, cui titulus est* DE FURTIS) *id quoque scribtum est — non hominum tantum neque rerum moventium — sed fundi quoque et ædium fieri furtum : condempnatum quoque furti colonum, qui fundo, quem conduxerat, vendito,* POSSESSIONE EJUS DOMINUM INTERVERTISSET. »

NUM. 118.

(P. 356, note 2.)

Les Basiliques, L. 2, 2, § 8 (tome V, p. 48, Heimb.), portent : εἰ δὲ δοῦλος ἀνεκώρησεν, ἐγὼ ψυχῇ κατέχω αὐτήν.

NUM. 119.

(P. 356, note 5.)

Les Basiliques, L. 2, 2, § 9, portent : Εἰ δὲ ἄλλῳ παραδῶσω, ἀπώλεσα· νομῆς γὰρ ἡ προαιρέσει ἢ βίᾳ ἀναχωροῦμεν.

NUM. 120.

(P. 357, note 1.)

WITTE (1) essaye de défendre la leçon de la Vulgate (*tradiderint... discesserint... fuerint*), mais il reconnaît que l'agencement des phrases présente quelque chose de singulier. D'après la leçon florentine, Paul déjà aurait appliqué aux tiers représentants la proposition « *deteriorem conditionem per servum domino nullo modo fieri,* » sur laquelle Justinien se base à la L. 12, C., *de poss.* Voy. KELLER, *Pand.*, p. 235.

(1) *Linde's Zeitschr.*, nouv. série, XVIII, n° XV, p. 274 et suiv., § VII.

Num. 121.

(P. 359, note 2.)

Loebenstern (*Linde's Zeitschr.*, IX, 1836, p. 388 et s.). Kierulff, *Théorie*, 1839, p, 398. Bruns (*Bekker's Jahrb.*, IV, 1860, p. 43). Keller, *Pand.*, 1861, § 122, p. 235.

Num. 122.

(P. 359, note 3.)

Vangerow, *Pand.*, § 209, note. Sintenis, *Civilrecht*, § 45, note 25. Herm. Witte, *Zeitschr. für Civilr. und. Proc.*, nouv. série, XVIII, p. 269-277, 283-285.

SECTION QUATRIÈME.

DES INTERDITS.

Num. 123.

(P. 361, ligne 3.)

De plus, le fragment d'Ulpien publié par Endlicher : Ulp., *Instit. lib.* 1, *fr.* 1, 4.

§ 34.

NOTION DES INTERDITS.

Num. 124.

(P. 362, ligne 15.)

Il faut ajouter ici la dissertation approfondie d'Adolf Schmidt, 1853, sur les interdits romains.

NUM. 125.

(P. 367, note 2.)

Il en était autrement de l'exécution. Comme les peines comminées contre la contravention formaient une dette immédiatement liquide (GAIUS, IV, 165), elle pouvaient probablement se recouvrer par des moyens extraordinaires. Argument : L. 46, *ad. leg. falc.*, comp. PAUL, II, 1, § 5; L. 34, § 6, *de jurejur.*; L. 15, L. 32, § 12, *de recept. arb.*

C'est une question intéressante que de savoir comment étaient formulés les interdits par lesquels le prêteur, après avoir donné les interdits possessoires *uti possidetis* et *utrubi*, ordonnait, au témoignage de GAIUS, IV, 170, les autres formalités de la procédure : *cetera ex interdicto*, c'est-à-dire les *sponsiones*, les *restipulationes* et la licitation des fruits. Il est plausible d'admettre que la possession intérimaire (*fructus*) était transférée à l'adversaire jusqu'à ce que la partie en défaut eût rempli ses obligations, et dans ce cas l'adversaire s'obligeait à la lui restituer. Cette opinion s'appuie de l'analogie des interdits *quem fundum*, etc., à l'effet d'opérer, dans la contestation sur le droit lui-même, la translation de la possession intérimaire (*vindiciæ*) (1). Il est assez probable aussi qu'il faut rattacher à ceci la L. 52, § 2, *de poss.*, citée au n° 58 : *Species inducendi in possessionem alicujus rei est* PROHIBERE INGREDIENTI VIM FIERI : *statim enim cedere adversarium et vacuam relinquere possessionem jubet, quod multo plus est quam* RESTITUERE ; il en résulterait que ces interdits étaient prohibitoires, et non pas restitutoires comme l'interdit *quem fundum* quand les *vindiciæ* n'étaient pas contestées. Mais ce ne

(1) RUDORFF, *Zeitschr. f. Rechtsgeschichte*, IV, p. 101 et suiv.

sont là que des conjectures, et les suppositions émises par Huschke relativement au détail de la procédure (GAIUS, IV, 170) sont encore bien plus incertaines.

§ 35.

INTERDITS POSSESSOIRES.

NUM. 126.

(P. 369, note 1.)

AUSON, *Idyll.* 11, 63. « *Interdictorum trinum genus :* UNDE *repulsus* VI *fuero, aut* UTRUBI *fuerit,* QUORUMVE BONORUM ; » le premier est *recuperandæ*, le second RETINENDÆ, le troisième *adipiscendæ possessionis.*

NUM. 127.

(P. 371, note 1.)

Ces derniers interdits ont cependant des points d'affinité avec les interdits possessoires : 1. Le fondement de l'action est la *bonorum possessio,* c'est-à-dire au fond une *juris quasi possessio,* quoique, grâce à la bonne foi et au titre, ce soit un *jus* (*quasi*) *possidendi* prétorien analogue à l'hérédité. 2. La qualité de défendeur suppose une véritable *corporis possessio* (*pro herede, pro legato, pro possessore*). L. 2, *quorum bon.;* L. 1, §§ 4, 8, 9, *quod leg. Fr. Vat.,* § 90. 3. Ils suppléent les interdits possessoires, parce que ceux-ci s'éteignent à la mort du possesseur (p. 22 et s.; p. 231 et s.; n° 15).

NUM. 128.

(P. 374, note 1.)

D'après GAIUS, IV, 145, quelques-uns (*quidam*) employaient même le terme *possessorium* dans un sens tout spécial pour

désigner l'interdit *adipiscendæ possessionis* du *bonorum emptor.*

Dans l'addition de la 6e édition, au § 35 de cet ouvrage, la question de la preuve a été résolue d'après les principes généraux.

Récemment BARON (1) a de nouveau entrepris de résoudre cette question en se fondant sur les textes du droit romain. D'après lui, outre la preuve de la détention, les Romains auraient encore exigé celle de l'*animus;* seulement ils se seraient contentés tantôt d'actes plus ou moins douteux, tantôt de la seule indication de la *causa possessionis,* et en auraient conclu à l'existence de l'*animus.* Ces deux procédés, dit-il, impliquent une faute au point de vue pratique.

Quant aux actes d'un caractère douteux, Baron invoque PAUL (*de donationibus*), V, 11, § 2 : « *Probatio traditæ vel non traditæ possessionis non tam in jure quam in facto consistit : ideoque sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneam.* » Ce passage concerne seulement le droit de la *lex Cincia* (*Fragm. Vat.,* 310, 311); et ne se trouve donc plus reproduit dans la législation de Justinien (2).

Quant à l'indication de la *causa,* elle se trouverait ordonnée par l'Édit : L. 1, pr., *de superfic.* « *Ait Prætor : Uti* EX LEGE LOCATIONIS SIVE CONDUCTIONIS (mais d'après la L. 1, § 2, *eod.,* il faut lire VENDITIONIS) *superficie nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruimini, quominus fruamini vim fieri veto.* » Cependant la *lex locationis* ne fait ici que préciser les limites contractuelles de la superficie, et non pas le point de départ de la possession ; c'est-à-dire, elle précise la *causa proxima,* mais non la *causa remota.* Pourquoi sans cela la *causa* manquerait-elle

(1) *Abhandlungen,* 1860, p. 4-10.

(2) Dans la L. 77, *de rei vindic.,* on suppose une *brevi manu traditio,* c'est-à dire une espèce tout à fait différente.

dans tous les interdits possessoires de celui qui possède à titre de propriétaire?

Voici plutôt la véritable théorie romaine sur la preuve en cette matière :

D'après les principes romains, le demandeur doit non-seulement prouver sa possession juridique (*ad se pertinere possessionem*. GAIUS, IV, 167, 168), mais encore l'absence de tout vice de possession à l'égard de l'adversaire : *judex,* dit GAIUS, IV, 166, *illud scilicet explorat — uter eorum eum fundum easve ædes per id tempus quo interdictum redditur nec vi nec clam nec precario possederit*. C'est pour le même motif qu'Ulpien, L. 3, pr., *uti possidetis,* dit que lorsque le demandeur et le défendeur expulsent tous deux violemment une tierce personne, le litige ne pourra recevoir de solution, parce que la possession de chacune des deux parties est exempte de vice à l'égard de l'autre. Que l'on n'objecte pas que c'est là imposer au demandeur la preuve d'un fait négatif ou d'une exception : car dans les deux cas cette objection ne serait que spécieuse.

Cependant en matière d'interdits, la possession se prouve autrement que lorsqu'il s'agit d'usucapion. Dans ce dernier cas, les deux éléments doivent être prouvés; dans le premier, il suffit de prouver l'un des deux, la volonté de posséder, volonté légitime au moins relativement à l'adversaire. C'est précisément la violation de l'autre élément, du *corpus,* qui constitue le trouble que l'interdit a pour but d'écarter. Or, cette preuve se fait ici, comme pour tout droit, par la preuve de la *causa*, c'est-à-dire par la preuve du fait sur lequel le demandeur base la légitimité relative de son *animus possidendi*. Il doit donc établir qu'il a acquis la possession : 1. soit par la volonté du défendeur, 2. soit d'un tiers, et dans ce dernier cas il importe peu que ce soit du

consentement de celui-ci ou contre son gré (1). La preuve de l'adversaire, pour établir un vice de possession, sera directe, et non pas indirecte comme lorsqu'il s'agit d'établir une *exceptio* à la *condemnatio*. Voilà pourquoi on peut seulement la réserver, mais non pas l'imposer. La preuve d'une *justa causa* dans le sens juridique, c'est-à-dire d'un commencement de possession qui pourrait être aussi un commencement de propriété, ne se présente qu'en matière d'usucapion. On remarque encore dans Servius (2) qu'elle était mêlée à la matière des interdits; mais elle en fut écartée avec raison. La continuation de la possession pendant un temps déterminé ne doit aussi être prouvée qu'en matière d'usucapion et dans l'ancien interdit *utrubi;* dans l'interdit *uti possidetis*, elle se présume jusqu'à preuve contraire (3).

Telle est la théorie romaine; les théories modernes établissent pour prouver l'absence de vice certaines présomptions qui sont complétement inconnues au droit romain (4). Ce dernier considère la possession en matière d'interdits tout à fait comme un droit : *plurimum ex jure mutuatur possessio.*

§ 36.

INTERDITS POSSESSOIRES. CONTINUATION.

NUM. 129.

(P. 379, note 1.)

WITTE (5) remarque avec raison que même cette combinaison

(1) L. 1, § 9. L. 2, *uti possidetis*. L. 33, *de poss.*
(2) L. 3, § 11, *uti poss.*
(3) L. 153, *de reg. jur.*
(4) HOLZSCHUHER, *Theorie*, édition de Kuntze, II, 1864, p. 34, 35; WEBER, *Beweisführung*, p. 203.
(5) *Interd. uti poss.*, p. 30.

ne prouve que l'utilité spéciale de l'interdit pour préparer le procès au pétitoire. C'est ce que confirme aussi GAIUS, IV, 148 (« *solet* »), et § 165 *a*, d'où a été formé le § 4, I., *de interd.*, puis la L. 35, *de poss.*, L. 36 pr , *de rei vind.* et la L. 3, C., *de interd.* Mais, par contre, Witte (p. 40 et s.) a tort de vouloir déduire des *vindiciæ* les interdits *retinendæ possessionis*, et de n'accorder que l'interdit restitutoire *de vi* pour protéger contre les actes de violence, ce qu'il rattache à la place que cet interdit occupe au Digeste avant l'interdit *uti possidetis* : DIG. XLIII, 16, 17. Car, en premier lieu, les *vindiciæ* n'ont rien de commun avec la possession et la manière dont la loi la protége contre les voies de fait : elles concernent seulement, comme leur nom même l'indique, cette possession intérimaire pendant le procès en revendication (GAIUS, IV, 89 : « INTEREA *tibi rem quæ an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur*), » la violence n'y est en quelque sorte que symbolique (FESTUS, v° *Vindiciæ* : « *potius dicitur vis quam fit* ») ; tout au plus peut-on considérer le caractère double comme une imitation. Les interdits, au contraire, sont destinés à protéger contre la violence la possession proprement dite ; c'est ce que prouvent les interdits analogues accordés à la quasi-possession, la défense du *fieri* et les exceptions. En second lieu, la combinaison de deux interdits en un seul *interdictum duplex* présuppose nécessairement un rapport simple à l'origne. L. 1, § 26, *de aqua quot.* Enfin, en troisième lieu, l'interdit *de vi* ne pouvait suppléer au manque d'un interdit prohibitoire, et la place qu'il occupe avant l'*interdictum duplex uti possidetis* s'explique suffisamment par son caractère d'*interdictum simplex* (GAIUS, IV, 161) (1).

(1) Voyez surtout ADOLF SCHMIDT, *Heidelb. Jahrb.*, 1863, année LVI, p. 690, 691.

L'idée de PFEIFER, p. 92 et s., est amusante : il s'en tient littéralement à ce que dit Ulpien, néanmoins il croit que s'il n'y avait pas de procédure au possessoire, « ils se prendraient par les cheveux. »

§ 37.

INTERDICTA RETINENDÆ POSSESSIONIS.

NUM 130.

(P. 383, ligne 17.)

ADOLF SCHMIDT (1) objecte : « Le sens de cette mesure me paraît être celui-ci : Il est à craindre que vous ne vous laissiez entraîner à quelque acte de violence ; voilà pourquoi dès à présent on s'empare de vous comme si vous aviez déjà commis le délit. — On pourrait dire avec tout autant de raison : Il existe une loi obligatoire pour tout le monde, celle qui défend de voler ; voilà pourquoi nous sommes tous incarcérés *ex maleficio furti*. » L'auteur oublie que c'est la violence à venir qui est l'objet de la défense, tandis que la crainte de cette violence en est seulement le motif, la raison d'être. L'ordre dépend donc de la condition tacite d'un trouble ultérieur ; alors seulement se produit en réalité l'*obligatio ex maleficio*. SCHMIDT lui-même, p. 55, dit à ce sujet : « Précisément parce que toute défense vise l'avenir, ce n'est aussi que dans l'avenir qu'on peut la transgresser. »

NUM. 131.

(P. 385, dernière ligne.)

Cette fiction, « qui ne pouvait rencontrer d'objection sérieuse, »

(1) *Interdictenverfahren*, p. 199.

a cependant été critiquée. On a dit qu'elle était inutile pour appliquer l'interdit, et insuffisante pour la procédure ultérieure.

KELLER (1) a en conséquence cherché la *vis contra edictum* dans la *fructus licitatio;* BRUNS (p. 43 et s.) exige une *vis ex conventu;* SCHMIDT (2) veut attendre le consentement judiciaire ou un véritable trouble de possession, ce qui retarderait indéfiniment la régularisation du pétitoire, régularisation qui, dans les *manus consertæ,* se faisait immédiatement.

Il n'est pas nécessaire de chercher si loin. De même que le *dolus præsens* est renfermé dans l'action qui s'en prend au droit de l'adversaire, L. 2, § 5, *de doli exc.*, de même aussi la *vis præsens* se trouve renfermée dans le fait d'invoquer l'interdit contre la possession de l'adversaire. Sans cela l'interdit ne pourrait servir à remplacer les *manus consertæ* et le caractère d'*interdictum duplex* serait inexplicable ou du moins superflu. A l'exception de ce dernier point, l'essence de ces observations a déjà été énoncé par BETHMANN-HOLLWEG (3). « De cette manière, dit celui-ci, c'est-à-dire par l'extension donnée à la notion de la violence, on réduit à sa moindre expression l'acte injuste, et ces interdits se trouvent avoir ainsi la plus grande ressemblance avec une contestation sur l'existence d'un droit. A ce point de vue, je pense que les trois cas de leur application (p. 382) peuvent être rapprochés encore plus que ne le fait M. de Savigny. En effet, puisque dans le trouble accompli la lésion résulte de la volonté opposée à celle du possesseur, il est assez naturel de considérer déjà comme une violence la volonté qui est sur le point de se transformer en fait (c'est-à-dire le menace d'un trouble), ou

(1) *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.*, XI, p. 306.
(2) *Interdiktenfahren*, p. 55.
(3) *Jahrb. für wissensch. Kritik*, 1838, n° 36, col. 285.

même la simple volonté comme telle, lorsqu'elle est en opposition avec celle du possesseur (ce qui constitue le procès en matière de possession). Or, cette opposition entre deux volontés est le signe caractéristique de toute contestation judiciaire, et c'est pour cette raison qu'on s'est toujours principalement élevé contre l'opinion de l'auteur qui ne voit pas dans les interdits possessoires des revendications provisoires, mais des *actiones ex maleficio*. Rien n'est cependant plus vrai; c'est le point central de toute la doctrine. »

Num. 132.

(P. 385, note 1.)

Ajoutez à cela que dans l'Édit il était question de la préparation du pétitoire à propos des revendications (Paul, I, 11, L. *un.*, C., *uti possid.*), tandis que la possession était exposée à propos des envois en possession, et que les interdits se trouvaient dans l'appendice (1).

Num. 133.

(P. 387, note 1.)

Une communication manuscrite de Bluhme, datée du moins de janvier 1842, et trouvée dans les papiers de l'auteur, élève l'objection suivante : 1° que la L. 8, § 5, *si serv.*, se rapporte à l'auteur et non pas à la victime du trouble; c'est donc une addition à la *confessoria* et non pas à la *negatoria* (§ 46, p. 483, 484); 2° que l'extension a pour effet d'absorber l'*operis novi nunciatio* et la *cautio damni infecti*, et que dans tous les cas on ne concevrait pas pourquoi il n'est nulle part question d'un concours

(1) Voy. *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, 3, 1863, p. 62; 4, 1864, p. 110 et s.

entre ces moyens de droit. Même dans le cas d'empiétement déjà accompli par force majeure, la violence requise pour l'interdit ne pourra, selon Bluhme, être supposée que si le voisin se refuse à rétablir l'ancien état de choses. C'est ainsi, dit-il, que le tribunal d'appel de Lubeck a refusé de maintenir l'interdit à raison d'un dommage futur, assez probable, qui serait résulté des éboulements du talus d'un fossé, et cependant l'interdit avait été intenté pour cause d'un éboulement occasionné par la reconstruction d'une digue. — Mais, en premier lieu, le concours entre ces moyens de droit se trouve prévu dans la L. 5, § 10, *de op. novi nunc* ; en second lieu, sans ce parallélisme entre l'interdit et l'*actio negatoria*, le propriétaire, après que la revendication et la contre-revendication furent devenues deux actions distinctes, n'aurait eu aucun moyen possessoire pour former opposition, tandis que son adversaire en aurait eu pour étayer son acte de trouble. Ce serait d'autant plus dangereux qu'en troisième lieu, le maintien du fait qui cause le trouble peut être considéré comme une omission, L. 45, *de damno inf.*, en supposant que le possesseur troublé, s'il n'a pas protesté au moment même du trouble, comme le pense WITTE, *int. uti poss.*, p. 104, l'a du moins fait *intra annum*.

NUM. 134.

(P. 387, note 3.)

WITTE, *int. uti poss.*, pense au contraire que la L. 12, *comm. div.*, parle du cas où le possesseur est empêché dans l'accomplissement des travaux par l'interdit de l'adversaire. Mais il y est question de travaux *nécessaires*, prescrits dans un intérêt public (PAUL, V, 11, 2, L. 35-37, *de damno inf.*), et au lieu de *aut*, il faudrait alors *alioquin*.

NUM. 135.

(P. 387, note 4.)

C'est ce que fait BRUNS (1), du moins « dans certains cas. »

NUM. 136.

(P. 389, note 4.)

L'*actio confessoria* et l'*actio negatoria* ont le même objet que les *interdicta duplicia*, mais ne s'intentent pas en même temps que ceux-ci; les actions en partage, au contraire, s'intentent en même temps que les interdits, mais n'ont pas le même objet.

NUM. 137.

(P. 391, ligne 16.)

Les mêmes motifs doivent faire admettre l'effet récupératoire au profit du demandeur (si tant est que l'on puisse parler d'un demandeur dans un *interdictum duplex*). Cette idée a été développée déjà auparavant par plusieurs auteurs (2). Plus tard on éprouva de nouveau des hésitations à cause de l'objection de SCHMIDT (3), qui prétendait que c'était admettre implicitement l'opinion erronée de Trebatius (§ 11) sur la double possession (4). Malgré cela, cette opinion doit être maintenue. Car, en réalité, elle suppose, non pas l'idée fausse de deux possessions solidaires,

(1) *Bekker's Jahrbuch*, IV, 1860.

(2) Voyez KELLER (*Zeitschr.*, 11, p. 321 et suiv.), RUDORFF (*id.*, p. 335) et BRUNS (*Besitz*, p. 57 et suiv.)

(3) *Interdicte*, p. 112 et suiv.

(4) De même RUDORFF sur Puchta, *Inst.* II, § 525. *Pandektenvorles*, § 133, note 2 (1854); BRUNS, *Bekker's Jahrb.*, IV (1860), p. 44, 45; WINDSCHEID, *Pandektenrecht*, p. 397, note 10 (mais la note 5, p. 396, semble contraire).

mais bien l'idée parfaitement juste d'une possession relative : L. 1, § 9, L. 2, L. 3 pr., § 5, *uti poss.;* L. 53, *de poss.* A l'égard des tiers, l'auteur de la *dejectio* contre lequel on intente l'interdit est donc le seul possesseur, tandis qu'à l'égard de celui-ci, c'est le *dejectus*, demandeur dans l'interdit, qui seul possède. Les mots *uti possidetis* ne doivent pas être séparés de ce qui vient après et considérés comme une condition indépendante en elle-même. Récemment cette opinion a été défendue par ARNDTS (1), par SEUFFERT (2), et, pour des raisons bonnes, en partie du moins, par WITTE (*int. uti poss.*, p. 60 et s.). Si SCHMIDT (3) rappelle la formule de Festus : « *uti nunc possidetis eum fundum*, QUOD *nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis*, » et objecte que personne ne peut être condamné sur le fondement d'une exception, on peut lui répondre « qu'il ne s'agit ni d'une véritable exception (GAIUS, IV, 115), ni d'une *condemnatio*, et que c'est précisément pour empêcher ce malentendu que l'ancienne rédaction a été modifiée. Quant au second argument de SCHMIDT, p. 693, consistant à dire que le *dejectus* (?) est considéré comme possesseur même à l'égard d'un tiers, on peut ajouter, aux mots *nam et tu possides et ego* (L. 3 pr., *uti poss.*), la formule *nec vi nec clam nec precario ab altero*, avec d'autant moins d'hésitation qu'Ulpien ne partage plus l'opinion de Trebatius.

(1) *Pandekten*, § 172, n° 2.
(2) *Archiv*, VII, 41.
(3) *Heidelb. Jahrb.*, 1863, p. 692.

§ 38.

INTERDICTUM UTI POSSIDETIS.

NUM. 138.

(P. 393, ligne 5.)

Ajoutez KELLER : De la *deductio quæ moribus fit* et de l'*interdictum uti possidetis* (*Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.*, XI, 1842, n° 9).

RUDORFF : Observations sur le même interdit (*id.*, n° 10).

ZIELONACKI : *Kritische Erœrterungen über die Servitutenklagen, mit einem Anhange über das interdictum uti possidetis*, 1849.

PAGENSTECHER : *Die rœmische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit*, 1857-1859, III, p. 225-233, 237-239.

HERMANN WITTE : *Das Int. uti poss. als Grundlage des heutigen possessorium ordinarium*, 1863.

NUM. 139.

(P. 395, note 1.)

Voy. toutefois le n° 137.

NUM. 140.

(P. 396, ligne 8.)

La dissertation de BRACKENHOEFT sur les trois *vitia possessionis* (1) essaye de préciser individuellement les diverses notions ; mais elle passe sous silence le point essentiel, le caractère de délit qui est commun à la violence et à la fraude, et son influence sur la forme défensive de la protection possessoire.

(1) *Archiv für civ. Praxis*, 24, 1841, p. 197-230.

Le système de SINTENIS est plus correct (1). Le juge, dit-il, doit rejeter d'office l'action fondée sur une possession vicieuse à l'égard de l'adversaire, parce que les vices de possession ne sont pas des exceptions proprement dites; ils constituent plutôt l'absence d'une condition requise pour qu'il puisse y avoir protection possessoire. Il faut donc, à la rigueur, prouver une autre origine de la possession que la violation de la possession de l'adversaire, car on ne protége pas contre le trouble toute possession quelconque, mais seulement celle qui n'est pas vicieuse à l'égard de l'adversaire: Toutefois sous ce rapport, les vices de possession doivent être considérés comme des exceptions, parce que l'existence d'un vice à l'égard de l'adversaire ne doit pas se présumer. Voy. n° 128, à la fin.

NUM. 141.

(P. 395, note 2, à la fin.)

Il faut ranger dans ce nombre la L. 7, *de aqua quot.* (2), où WITTE (*int. uti poss.*, p. 119), grâce à une interprétation tout à fait forcée, parvient à trouver une *cautio de non amplius turbando*, et encore pour la durée du procès seulement.

NUM. 142.

(P. 397, note 3.)

Ce passage de l'Édit doit évidemment être attribué au préteur Aulus Cascellius; il concerne l'action restitutoire à laquelle on a donné son nom, action qui remplace l'interdit *de vi*, lorsque l'interdit *uti possidetis* a pour effet de faire recouvrer la pos-

(1) *Erl.* I, p. 383, 385; *Sell's Jahrb.* I, 1841, p. 459 et suiv.; *Civilrecht*, § 46, note 20.

(2) RUDORFF, *Zeitschr.*, 11, p. 357, note 26.

session (1). Witte (*int. uti poss.*, p. 96) objecte qu'en sa qualité d'action en réparation de dommage, elle ne devrait pas se prescrire par le laps de temps d'une année, mais la note suivante et le § 40 répondent à cette objection; lui-même aussi admet la prescription annale à raison d'un trouble accompli dont l'une des parties aurait été l'auteur (p. 126).

Du reste, Witte méconnaît encore d'une manière singulière le sens de la L. 1, § 5. *uti possidetis* : « PERPETUO *huic interdicto insunt hæc : quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides.* » Cette loi concerne l'interdit *de vi et vi armata* dont il est question auparavant (DIG. XLIII, 16) et dit que, dans l'interdit *uti possidetis*, les exceptions s'appliquent *toujours*, c'est-à dire sans distinguer la violence à main armée de la violence ordinaire. Witte, au contraire, p. 129-135, prétend en déduire que dans le droit nouveau l'effet récupératoire se prescrit par trente ans, et le droit à réparation du dommage par une année.

Les objections de Witte, p. 150, 151, contre HUSCHKE, Gaius, p. 195 et s., sont mieux fondées. Ce dernier rapporte ce passage de l'Édit à l'*interdictum de cloacis* (p. 484, note 2).

§ 39.

INTERDICTUM UTRUBI.

NUM. 143.

(P. 398, note 1.)

La mention la plus ancienne se trouve dans l'allusion suivante de Plaute, *Stichus*, V, 4, 22 : SA. *Uter amicam utrubi adcumbamus?* ST. *Abi tu sane superior.*

(1) GAIUS, IV, 166, 169; RUDORFF, *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.*, XI, p. 359; SCHMIDT, *Interdictenverfahren*, p. 119.

NUM. 144.

(P. 398, note 3.)

Contre l'émendation de KELLER qui lit *quæ*, au lieu de *quod*, voyez HUSCHKE, *Jurispr. ant.*, p. 295, note 5.

NUM. 145.

(P. 399, note 1.)

Cette assimilation n'est pas logique, car la distinction de l'ancien droit repose sur la valeur supérieure de la propriété foncière : c'était pour ce motif que la possession actuelle, quelque courte qu'elle fût, était protégée, tandis que la possession d'une chose mobilière ou d'une servitude devait, pour avoir droit à protection, avoir une durée plus longue (dans un sens relatif ou absolu). La *superficies* seule faisait exception. En sa qualité de *res soli*, elle participe à la nature du sol, et sa possession purement actuelle suffit pour donner droit à protection, § 47. Or, comme Justinien conserve pour l'usucapion de la propriété et des servitudes cette distinction qui dominait l'ancien droit, et tout spécialement l'Édit (1), il n'y avait pas de raison législative pour ne pas la conserver aussi en matière de protection possessoire, à moins que l'on ne veuille accepter pour motif suffisant la tendance à simplifier et à uniformiser toute la législation.

NUM. 146.

(P. 399, note 5.)

WARNKOENIG, dans son article sur l'*int. utrubi* à propos de

(1) RUDORFF, *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, III, 1863, p. 62 et suiv.

donations mobilières faites contrairement à la *lex Cincia* (1), applique la supériorité (*superior sit*) dont parlent les *Fr. Vat.*, §§ 293 et 311, aux rapports avec le donateur, opinion qui est déjà suffisamment exclue par l'*accessio possessionis*.

Num. 147.

(P. 403, note 3.)

Voyez aussi Auson. *Idyll.*, 11, 63, plus haut, n° 126.

Num. 148.

(P. 404, note 2.)

Cette fiction est exclusivement du domaine de la théorie, parce que celle-ci considérait l'interdit comme *retinendæ possessionis*, à cause de son caractère prohibitif et de la procédure par *sponsiones* à laquelle il donnait lieu. D'autre part, la formule *utrubi homo* fuit laisse incertain si la possession relativement meilleure était une possession actuelle ou passée, parce qu'en matière de choses mobilières le même interdit devait suffire pour les deux cas. Il ne faut donc pas, comme le fait Windscheid (2), nier la protection contre le simple trouble de possession et limiter l'interdit au cas où la possession est perdue, en le soumettant à une courte prescription et en le basant seulement sur la possession précédente.

(1) *Archiv für civil. Praxis*, XX, 1837, p. 421-426.
(2) *Pandektenrecht*, p. 395.

§ 40.

INTERDICTUM DE VI.

NUM. 149.

(P. 407, ligne 10.)

Lex agraria de l'an de Rome 643 (erronément nommée *lex Thoria*), v. XVIII. RUDORFF, *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.*, 10, p. 151 et s., c. 7. MOMMSEN, *Corpus inscriptionum latinarum*, vol. 1, p. 80.

NUM. 150.

(P. 408, ligne 17.)

Frid. Lud. KELLER, *Semestrium ad M. Tullium Ciceronem, vol.* 1, *Turici*, 1842, *Liber alter*, p. 273-538. L'exposé très-détaillé et très-clair de l'action de Cæcina renferme au § 2 la formule ordinaire de l'interdit *de vi*, et au § 3 les modifications qu'elle subit dans l'interdit *de vi armata* (1). A cela se joint l'explication de la mention accidentelle de l'*interdictum de vi quotidianum* dans le discours *pro M. Tullio*, 29, 44. *Semestrium liber tertius*, p. 619.

NUM. 151.

(P. 414, ligne 9.)

Depuis les recherches de Keller, p. 507, sur les formules des deux interdits, il est devenu certain que l'interdit ordinaire *de vi* supposait d'abord une possession juridique, en second lieu

(1) Voyez les articles de RUDORFF (*Jahrb. f. wiss. Kritik*, 1843, n° 75. Col. 598, n° 76, col. 601-606) et d'ADOLF SCHMIDT (*Richter's Jahrb.*, 1844, p. 678-701).

une possession non vicieuse à l'égard de l'adversaire, et que l'interdit spécial *de vi armata*, au contraire, n'exigeait aucune de ces deux conditions (1). C'est donc aussi dans ce sens qu'il fallait expliquer la L. 1, § 45, *de vi*, à la page 159 de cet ouvrage et au n° 42 de l'appendice.

NUM. 152.

(P. 429, ligne 10.)

BRUNS (p. 74-76) comble la lacune au moyen de la *condictio possessionis*, qui est cependant bien plus éloignée que l'interdit *de vi* auquel les compilateurs rattachèrent la constitution modifiée de Valentinien II. BRINZ (2) signale la *momenti* ou *momentariæ possessionis actio* (§ 43). Mais ce n'est là qu'une expression nouvelle et vague pour toute espèce d'action possessoire. Si les Basiliques (60, 17, c. 7) et même Psellus (881-883), que Bruns cite, répètent encore l'ancienne restriction de l'interdit *de vi* aux immeubles, cela n'a évidemment aucune importance.

NUM. 153.

(P. 429, note 1, à la fin.)

Voici la leçon florentine : « *In interdicto unde vi dicendum est ut ejus causa quod ad patrem pervenit ipse teneatur.* » *Ipse* désigne donc ici le père. On peut invoquer, à l'appui de cette leçon : 1. la rubrique du livre 29 d'Ulpien *ad edictum*, où il est question non pas de l'interdit *de vi*, mais de l'obligation incombant au père ; 2. l'autorité des Basiliques 60, 17, 22 : εἰ βίαν ποιήσω καὶ ὁ πατήρ μου εἰς τὸ περιελθὸν ἐνάγεται. La Vulgate

(1) Voyez *Semestria*, I, p. 301, 302 ; RUDORFF *Jahrb. f. wiss. Kritik*, 1843, n° 75, p. 599. SCHMIDT, *Richter's Jahrb.*, 1844, p. 687.

(2) *Pandekten*, p. 86.

renferme une indication qui date du moyen âge et qui ne mérite pas d'être insérée dans les lacunes du texte florentin. Voyez SAVIGNY, dans son *Histoire du droit romain au moyen âge*, III, p. 455, note *f*, p. 460. MOMMSEN aussi déclare correcte la leçon florentine, et l'addition serait faite à dessein dans un but explicatif (1).

NUM. 154.

(P. 456, note 4.)

Fragm. Vat., § 312 : « *præses provinciæ si... nec annus excessit, ex interdicto unde vi restitui* (TIBI) REM *cum sua causa providebit : vel si hoc tempus finitum est* (PER) *formulam promissam.* »

§ 41.

INTERDICTUM DE CLANDESTINA POSSESSIONE.

NUM. 155.

(P. 441, note 3, à la fin.)

L'objection de ZIELONACKI, p. 151, 167, que l'interdit suppose la violence, confond la supposition avec l'ordre de ne pas empêcher par violence l'enlèvement : *quominus is eum* DUCAT *vim fieri veto.*

NUM. 156.

(P. 443, dernière ligne.)

Récemment WITTE (*int. uti poss.*, p. 45, 72) a révoqué en doute, par rapport aux immeubles privés qui pouvaient être revendiqués, l'existence d'un interdit spécial *de clandestina*

(1) *Bekker's Jahrb.*, V, p. 427.

possessione. Mais ce doute se rattache à l'idée d'une possession double que cet auteur admet, et à l'opinion qu'il se fait de l'origine de l'interdit *uti possidetis*. Voy., dans le sens contraire, les nos 44 et 129. — SCHIRMER, *Zeitschr. f. Civilrecht und Process*, nouv. série, XI, p. 401.

NUM. 157.

(P. 444, ligne 10.)

BETHMANN-HOLLWEG, dans son article sur la 6e édition du présent ouvrage (1), fait l'objection suivante : « Non-seulement il n'est pas probable que le possesseur clandestin intente l'action, mais de plus, même dans cette hypothèse, l'adversaire pourra, d'après les principes qui furent admis plus tard, répondre, non pas que le demandeur possède *clam*, mais qu'il ne possède pas du tout. » — Puisque l'interdit est *duplex*, il sera toujours accordé dans la même forme, par conséquent aussi avec l'exception réciproque *clandestinæ possessionis*, sans distinguer par qui il sera intenté en premier lieu. Mais naturellement l'exception du possesseur dépossédé aura seule, d'après les principes nouveaux, un résultat fructueux parce qu'il ne possède pas clandestinement à l'égard de son adversaire.

§ 42.

INTERDICTUM DE PRECARIO.

NUM. 158.

(P. 449, ligne 7.)

Il est clair que cet interdit ne peut s'intenter contre le successeur à titre particulier, qui aurait acquis la chose *bona fide* et

(1) *Jahrb. für wissensch. Kritik*, 1838, col. 286.

justo titulo du détenteur précaire. Cela résulte déjà de ce qu'il ne possède pas même à titre précaire de la part de qui que ce soit, ni, à plus forte raison, de la part du *rogatus* (*ab illo*, disait la formule). Dans une espèce indiquée par BLUHME, une maison dont l'eau s'écoulait par des tuyaux sur le fonds voisin avait été vendue, et l'acheteur avait continué à laisser écouler l'eau par ces tuyaux. Après un laps de temps assez long, le voisin exigea leur enlèvement parce qu'ils n'avaient été accordés au propriétaire antérieur qu'à titre précaire. Quoique l'acheteur opposât la prescription et que d'autres preuves fissent défaut, il ne fut pas maintenu en possession, parce que la majorité du tribunal (à tort évidemment) considéra la *precaria possessio* comme un *vitium rei cohærens* et non pas comme un *vitium animi*, dont d'ailleurs les effets ne peuvent être que relatifs.

NUM. 159.

(P. 450, ligne 1.)

THON compte les trente années à partir du commencement du *precarium*, et non pas à partir du refus de restitution (*Zeitsch. f. Civilr. und Proc.*, VIII, 1835, n° 1, § 17, p. 49-54. Addition, p. 448). Voyez, pour l'opinion contraire, SAVIGNY, *Syst.*, V, p. 280, note *a*.

§ 43.

CHANGEMENTS INTRODUITS PAR LES CONSTITUTIONS IMPÉRIALES.

NUM. 160.

(P. 456, note 3.)

WITTE (*Linde's Zeitschr.*, nouv. série, XVIII, p. 280) croit à tort qu'il s'agit dans cette loi de l'occupation clandestine sans

abandon de la possession par l'ancien possesseur, hypothèse dans laquelle il ne manquerait certes pas d'actions possessoires. Il n'y a donc pas là de prétendue contradiction avec le § 33.

NUM. 161.

(P. 458, à la fin.)

Tous les interdits possessoires dont il est question dans cette quatrième section supposent que la possession a été troublée ou enlevée dans ce qu'elle a de matériel, tandis que la volonté de posséder continue et avec elle le droit à une protection légale. Mais il y a aussi des voies de protection qui survivent à la volonté de posséder et aux interdits. Ce sont les *actions* dont il a été parlé d'une manière générale au § 35, p. 369, 370. Ces actions ne se rattachent cependant à la possession que par leur but et leur objet, et ce lien n'étant que purement externe et accidentel, comme celui des actes et délits qui ont la possession pour objet, il ne peut, dans la théorie de la possession, être question que de cette application accidentelle, tandis que l'exposé complet de leur nature doit être réservé pour la théorie des obligations, dont elles font en effet partie dans les sources (1).

Le fondement commun de toutes ces actions est un droit général à demander restitution d'un dommage causé au patrimoine, ce qui comprend donc également la possession juridique, en tant qu'elle doit être considérée comme un avantage fondé en droit. Cette base les distingue avec une égale netteté des revendications et des interdits possessoires. C'est encore ce même signe distinctif qui indique le rapport dans lequel il faut, en

(1) BRUNS les a exposées d'une manière plus complète dans sa *Théorie de la possession*, § 5, p. 27 et suiv

général, se les représenter à l'égard de ces derniers. Tant que les interdits suffisent, il n'y a pas lieu de demander une semblable restitution de la possession. Ainsi, par exemple, la possession à laquelle un pupille aurait renoncé *animo* sans le concours de son tuteur se conserve ou se récupère par les interdits ordinaires, parce que cette renonciation ne pouvait anéantir les droits découlant de la possession (1). C'est ainsi encore que le prisonnier de guerre n'a pas besoin d'action pour recouvrer la possession perdue, puisque, dans un tel cas, il peut invoquer la restitution accordée aux majeurs (2). L'héritier enfin ne recourra pas non plus à une action de ce genre pour obtenir la possession perdue par absence de succession, car les interdits *adipiscendæ possessionis* (*quorum bonorum* et *legatorum*) suffisent contre les possesseurs de l'hérédité et contre les légataires (3).

Le choix n'est donc pas facultatif entre ces actions et les interdits, quoiqu'on le soutienne habituellement (4). Les actions révocatoires ne commencent, au contraire, que là où les interdits fondés sur la possession encore existante cessent d'être efficaces.

Les plus anciennes de ces actions sont les *condictiones* du droit civil. C'est sous le rapport qui les rattache à la possession qu'elles sont des *condictiones incerti* avec une *intentio* indéterminée, mais cependant précisées davantage par une *demonstratio*, ou par une *præscriptio* qui en tient lieu (5). Par la même raison, la stipulation qui a pour objet un transfert de possession (*vacuam possessionem tradi*) est considérée comme indéterminée (6).

(1) L. 29, *de poss.*
(2) L. 23, § 2, *ex quib. caus. maj.* L. 12, § 2, *de captivis.*
(L. 2, *quorum bonorum.*
(4) BRUNS, *Recht des Besitzes*, p. 33.
(5) L. 19, § 2, *de precario.* GAIUS, IV, 136, 137.
(6) L. 75, § 7, *de verb. obl.*

Contre le voleur seulement et contre l'auteur d'une dépossession violente, le *propriétaire* lui-même peut recourir à une *condictio triticaria*, parce que l'exception *actionis ineptæ* n'était pas permise contre celui qui cherchait, non pas à s'enrichir, mais seulement à garder ce qui lui appartenait. Un simple possesseur sans doute n'aurait que la *incerti condictio* (1).

La première cause d'une *condictio* de la possession se rapporte au cas spécial d'un payement indû (*condictio indebiti*). Lors donc que quelqu'un, par erreur, se croit obligé à payer une somme d'argent ou à donner une chose, et exécute réellement cette prétendue obligation, il pourra demander restitution de la propriété et éventuellement de la valeur de la chose. Ce droit lui reste, même s'il a payé avec l'argent d'autrui, ou donné ce qui appartenait à un autre. Seulement alors il va de soi que sa demande se bornera à la valeur de la possession, quand même celle-ci, grâce à l'usucapion, aurait rendu le défendeur propriétaire de la chose (2).

Les *condictiones* ayant pour objet la possession, ne sont cepen-

(1) L. 7, *de juris et facti ign.* GAIUS, IV, 4. § 14, I. *de act.* L. 12, *de usufructu quemadm. caveat.* L. 1, § 1. L. 2, *de condict. trit.* L. 25, § 1, *de furtis.* FESTUS, v° *Possessio*, « NEC *qui dicit se possidere is* SUAM *rem potest dicere itaque in legitimis actionibus nemo ex jure Quiritium possessionem* SUAM *vocare audet, sed ad interdictum venit*, etc. »

(2) L. 15, § 1, *de condict. indebiti* : « *Sed et si nummi alieni dati sint condictio competit, ut vel possessio earum reddatur quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicujus rei tradidissem, condicerem. Sed et si possessionem tuam fecissem ita, ut tibi per longi temporis præscriptionem avocari non possit, etiam sic recte tecum per indebitam condictionem agerem.* » Les Basiliques portent (24, 6, 15) αναλαμβάνω γὰρ κἂν ἐν τῷ μεταξὺ διὰ χρήσεως κυριεύσῃς ; elles lisent donc *fecisses*. En effet, *tuam fecissem* est à peine possible à cause de la *præscriptio* qui devient alors complétement inutile. Reste, il est vrai, la question de savoir si cette *præscriptio* n'a pas été intercalée au lieu de l'interdit *utrubi*.

dant pas restreintes aux seuls cas d'erreur ; le droit de demander la restitution de la possession se conçoit même encore dans le cas où l'on avait l'intention bien arrêtée d'aliéner la possession.

D'abord on pouvait, tout en l'aliénant, s'être réservé le droit de révoquer à volonté cette aliénation, *precarium*. L'auteur de l'aliénation, le *rogatus*, pourrait, il est vrai, fonder ici son action sur la mauvaise foi de l'adversaire et intenter victorieusement l'interdit, mais rien ne l'empêche de faire valoir aussi son droit à révocation au moyen d'une *incerti condictio* (1).

Il se peut encore que l'aliénation de possession que l'on avait en vue se trouve en opposition avec une disposition spéciale de la loi. Telle est, sans contredit, la donation entre époux, quoique d'une manière moins absolue que ne le serait, par exemple, la donation d'une chose qui ne peut en aucune façon faire l'objet d'une possession quelconque (§ 9). Car, bien que la possession du donateur n'accède pas, elle n'en a pas moins pour effet de faire acquérir à l'époux donataire la possession et les interdits à l'égard des tiers et du donateur lui-même. Dès lors il ne peut que demander la restitution de la donation de possession au moyen d'une *condictio* (2).

Les *condictiones* dont nous venons de parler supposent donc

(1) L. 19, § 2, *de precario* : « *Cum quid precario rogatum est non solum interdicto uti possumus sed et incerti condictione id est præscriptis verbis.* » Telle est la leçon florentine ; Haloander n'a pas *id est* : on n'a eu en vue que la *præscriptio loco demonstrationis* dans l'action en restitution, et non pas l'action résultant du contrat et tendant à une prestation nouvelle de la part de l'adversaire, prestation qui n'avait pas du tout été stipulée.

(2) L. 6, *de don. int. vir. et ux.* «... *Aut sine causa, aut ex injusta causa.* . » L. 6, *de cond. ob turp.* Zielonacki, p. 61, 177. nie le caractère possessoire de la *condictio* ; mais il a pour seul argument que la possession est de sa nature un simple fait.

toujours qu'une renonciation volontaire à la possession a eu lieu ; cependant, par une véritable anomalie, on trouve dans certains cas une *condictio*, quoique la possession n'ait pas été aliénée, mais enlevée contre le gré du possesseur, de sorte que les interdits récupératoires *unde vi* et *utrubi* pourraient être invoqués, et qu'on serait sûr de recouvrer par leur moyen la possession. Le cas le plus important est celui du vol d'une chose mobilière (*causa furtiva*) et l'infidélité du dépositaire (1) ; il faut y ajouter encore la dépossession violente d'un immeuble (2), parce que certains jurisconsultes soutenaient que le vol, *furtum*, pouvait aussi avoir un immeuble pour objet (3). D'après le principe que l'erreur de droit ne nuit pas lorsqu'il s'agit, non d'acquérir, mais seulement d'éviter une perte, on pardonnait au propriétaire et au possesseur, en présence d'un acte évidemment injuste, de confondre les moyens de droit, et la *condictio* (même la *condictio triticaria* quand il s'agissait d'un propriétaire) était maintenue là où, à la rigueur, il aurait fallu recourir à une revendication, à un interdit, ou tout au moins à la *condictio incerti*. Dès lors il est clair que dans ces cas exceptionnels le demandeur avait le choix entre ces diverses voies de droit.

A ces actions révocatoires civiles se joint encore une action prétorienne du même genre, action qui d'une simple *in integrum restitutio* est devenue un moyen de droit régulier. Lorsque quelqu'un possède un immeuble qui appartient à un tiers et qu'il se voit contraint par menaces et par crainte d'abandonner cette possession, le droit aux interdits lui est refusé (4) ; mais au lieu de

(1) L. 1, § 1, *de cond. trit.* L. 13, § 1, *depositi.*
(2) L. 2. *de cond. trit.* L. 25, § 1, *de furtis.*
(3) L. 25, pr.. *eod.* GELLIUS, *Noct. Att.*, XI, 18, 15.
(4) L. 9, pr., *quod met.* L. 5, *de vi*, toutes deux prises dans ULPIEN, lib. XI, *ad edictum.*

cet interdit il peut, pour obtenir la restitution ou éventuellement la condamnation à une somme d'argent, intenter l'*actio quod metus causa* contre l'auteur de la violence et même contre tout tiers non coupable qui se trouverait en possession de l'immeuble. Le *simplum*, servant de base à l'évaluation, est évidemment la valeur de la possession, et non pas celle de la propriété (1).

Viennent enfin les exceptions spéciales que l'on peut opposer à ces actions possessoires. Les sources disent formellement que l'*exceptio dominii* ne suffirait pas à cette fin (2). — BRUNS (3) veut admettre l'exception fondée sur un vice de possession, parce qu'il est naturel, dit-il, qu'on ne puisse réclamer de quelqu'un la possession au moyen d'une *condictio* que lorsqu'on aurait dû être déclaré possesseur contre lui au moyen de l'interdit *uti possidetis*. Toutefois cela ne peut se dire que de ces condictions anomales contre lesquelles l'auteur de la *dejectio* peut invoquer l'*exceptio doli*, en se fondant sur un droit semblable à celui qu'on fait valoir contre lui. Dans les condictions ordinaires, au contraire, il ne saurait en être ainsi parce que le demandeur n'y fonde pas son action sur la possession, lui-même y ayant renoncé. — L'exception, enfin, fondée sur la prescription de l'action n'est possible qu'après trente ans ; l'*actio quod metus causa* tendait au quadruple pendant une année utile, plus tard, selon les circonstances, à la valeur simple de la chose (4).

(1) L. 21, § 2, *quod met. causa* : « *Qui possessionem non sui fundi tradidit, non* QUANTI FUNDUS *sed quanti possessio est ejus quadruplum vel simplum cum fructibus consequetur : æstimatur enim quod... abest : abest autem nuda possessio cum suis fructibus.* »

(2) L. 1, § 1. L. 2, *de cond. trit.*

(3) BRUNS, *Recht des Besitzes*, p. 32.

(4) L. 14, §§ 1, 2, *quod metus causa.*

SECTION CINQUIÈME.

JURIS QUASI POSSESSIO.

§ 44.

NOTION.

NUM. 162.

(P. 461, ligne 5.)

PFEIFER, p. 120 et s., 142 et s., expose une opinion tout à fait différente sur la quasi-possession qu'il appelle « *Gleichsambesitz.* » On l'aurait établie à cause de la difficulté de la preuve, difficulté qui n'existait, « comme on s'en convaincra en y réfléchissant un peu, » qu'en matière de droits réels, auxquels on peut cependant ajouter, conformément à l'article 13 du pacte fédéral germanique, la « servitude légale qui donne à tous les peuples allemands droit à une constitution représentative, et, en vertu de l'art. 56 de l'acte final du congrès de Vienne, droit au maintien d'une telle constitution. »

§ 45.

SERVITUDES PERSONNELLES.

NUM. 162 *a.*

(P. 465, note 1.)

On a essayé de donner une explication plus exacte dans la *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.* XI, 1842, p. 340-348. Elle est

surtout différente relativement au troisième cas (litt. *c.*) : *usus-fructus possessio* serait la possession correspondant à l'usufruit prétorien (par exemple, L. 1, pr., *quib. mod. usufr. amitt.*).

NUM. 162 *b.*

(P. 465, note 2.)

En réalité, l'interdit *de vi* n'est applicable ni comme interdit direct ni comme *interdictum utile* (1).

La raison en est que l'usufruitier ne possède qu'un *merum jus*, sans avoir, comme le superficiaire, une *res soli* corporelle sur le fonds. Dès lors, pour lui, à la différence du superficiaire, il ne peut être question d'une *dejectio* proprement dite. L'interdit spécial destiné à cette hypothèse (*Fragm. Vat.*, § 91. L. 27, *de donat.*) portait *uti frui prohibuisti*, au lieu de (*ab usufructu*) *dejecisti* (2). Sous les autres rapports, il se conforme à l'interdit *unde vi* en ce qu'il est limité aux seuls immeubles, et se donne uniquement *recuperandæ*, et non *adipiscendæ possessionis causa*.

§ 46.

SERVITUDES RÉELLES.

NUM. 163.

(P. 469, note 2.)

PFEIFER (3) donne un bon aperçu de la doctrine et de la pratique en cette matière depuis la 6e édition de notre ouvrage.

(1) Le mot *utile* est intercalé à tort par AD. SCHMIDT dans la L. 3, § 13, *de vi* : *Jahrb. f. gem. Recht*, III, p. 256.

(2) Non pas *vi prohibuisti*, comme l'a dit Huschke dans son édition des *Fragm. Vat.* 91. Comp. L. 3, §§ 13-15, *de vi*.

(3) *Praktische Ausführ.*, vol. VII, 1844, n° 12.

L'auteur le plus important est HEERWART (1), qui suit une voie toute particulière.

NUM. 164.

(P. 470, note 2.)

Cette explication est d'autant plus nécessaire que les actions possessoires dont parle Javolenus sont expressément appelées quasi-possessoires (VELUTI *possessoria*). En matière de servitudes, l'abandon de l'*usus* remplace la tradition de la possession; il en est de même de l'usage, *uti*, que les interdits ont en vue (*quo itinere* — USUS *es*, *uti de eo fonte* — *aqua* USUS *es*), parce que la possession et l'interdit *uti possidetis* ne sauraient se concevoir à propos de droits incorporels : L. 3, pr., *de poss.* « *possideri autem possunt quæ sunt corporalia.* » HYGIN., *de gen. controv.*, p. 126... « *quod* (*iter ad culturas accedentium*) *usu capi non potest : iter enim non, quia* (*quo?*) *ad culturas perveniatur, capitur usu, sed id quod in usu biennio fuit.* »

NUM. 165.

(P. 470, note 3, à la fin.)

L'interdit *uti possidetis* est inapplicable par cela seul que la possession actuelle, quelque courte qu'elle soit, suffit ici à cause de l'importance qui s'attache à la possession foncière (*uti* NUNC *possidetis eum fundum*), tandis que la possession moins importante d'une servitude doit s'être affermie par un usage d'une certaine durée : *quo itinere* HOC ANNO... *usus es*, *uti* HOC ANNO *aquam... duxisti, uti de eo fonte...* HOC ANNO *aqua... usus es.* Si l'on appliquait ici l'interdit *uti possidetis*, cette différence disparaîtrait, tandis que Justinien ne veut qu'effacer la différence

(1) *Zeitschr. für Civilr. und Process*, XII, n° 6, p. 147-166.

qui existait entre la possession des meubles et celle des immeubles, et qu'il n'a rien changé à la distinction entre la possession d'une chose corporelle et celle d'une servitude. Malgré cela, d'après PFEIFER (1), le tribunal d'appel de Cassel admet un *interdictum uti possidetis utile* en matière de servitudes en général, et un *interdictum uti possidetis* spécialement pour les servitudes de passage, lorsqu'ici l'interdit *de itinere* ne suffit pas, parce que le passage ne s'exerce qu'à des intervalles plus longs que ne le suppose cet interdit, de sorte que l'interdit *uti possidetis* ne serait exclu qu'en tant que les interdits ordinaires seraient suffisants. Cette jurisprudence ne saurait se concilier avec la différence que la loi fait entre la possession d'une chose corporelle et celle d'une servitude.

NUM. 166.

(P. 476, ligne 16.)

L'exactitude de la leçon florentine ressort non-seulement de la liaison avec le *principium*, mais aussi des passages parallèles du livre suivant (71e) d'Ulpien. L. 8, §§ 1, 2, *de precario*, et de l'Édit, L. 3, §§ 6-10, L. 6, *de itin.*, L. 1, § 37, *de aqua quot.* Le premier cas concerne donc le vendeur (*auctor*) et le successeur à titre particulier (L. 4, § 31, *de doli exc.*), le second concerne le *de cujus* et le successeur à titre universel. La répétition *vel emptione* n'est qu'apparente : Pedius avait en vue l'*emptio bonorum*. GAIUS, II, 98, et III, 77-79.

NUM. 167.

(P. 481, note 1, à la fin)

Cette explication semble écartée par ce qui précède : « *Nam*

(1) *Praktische Ausführ.*, VII, 12, p. 417-477.

cum nihil sit innovatum, ille POSSIDET. » Aussi PUCHTA (1) avait-il auparavant déjà appliqué les mots *possessor* et *possidere* à la possession juridique. Toutefois elle se trouve confirmée si l'on rapporte l'un et l'autre à ce genre de possession qui sert de base à la position de défendeur (possession dans un sens passif et négatif) : L. 8, § 3, *si serv.*, L. 6, *de serv. præd. urb.* C'est ce que propose BETHMANN-HOLLWEG dans son article sur la 6e édition de cet ouvrage (2).

NUM. 168.

(P. 484, note 1.)

Voyez, sur ce point, la dissertation approfondie d'ADOLF SCHMIDT, *Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss.*, XV, 1850, n° 3, p. 51-89.

NUM. 169.

(P. 484, note 2.)

L'exception pour les cloaques ne prouve rien pour l'applicabilité de l'interdit *uti possidetis* aux servitudes, parce que *cloaca* ne désigne pas un droit (*jus*) comme l'*iter*, l'*actus* et l'*aquæductus*, mais bien un lieu (*locus*), L. 1, §§ 4, 6, *de cloacis*; dès lors il faudrait lui appliquer l'interdit *uti possidetis eum locum*, L. 3, § 6, *uti poss.*, si des motifs spéciaux n'avaient fait exclure les exceptions opposables à cet interdit.

NUM. 170.

(P. 485, à la fin du §.)

Contrairement à cette opinion, PFEIFER, p. 136, ZIELONACKI (3), et VANGEROW (I, § 355, p. 893) ne veulent admettre l'interdit

(1) *Rhein. Museum*, I, p. 173, note 19.
(2) *Jahrb. für wissensch. Kritik*, 1838, p. 287.
(3) *Kritische Eroerterungen über die Servitutenlehre*, p. 245.

uti possidetis pour aucune servitude urbaine. Voici quelle nous paraît être la vérité. 1. L'interdit contre le trouble apporté à la possession du fonds dominant s'applique aussi aux servitudes positives (deuxième classe). 2. L'interdit fondé sur le trouble apporté à la possession du fonds servant protége contre l'exercice arbitraire de servitudes tant positives que négatives. 3. Pour protéger l'exercice de servitudes négatives (troisième classe), on doit se servir de l'*operis novi nunciatio* ou de l'*actio confessoria*; l'interdit *uti possidetis* serait ici complétement sans effet, d'abord à raison du fonds dominant, parce que la servitude a seulement en vue d'empêcher un travail sur le fonds servant; ensuite à raison du fonds servant, parce qu'on n'a pas en vue de le posséder et qu'on ne pourrait posséder ce droit incorporel. Telle est la distinction claire que font la L. 5, § 10, *de op. novi nunc.*, et la L. 3, § 4, *uti poss.* Mais les §§ 5 et 6 qui suivent font naître des doutes :

« *Item videamus, si projectio supra vicini solum non jure haberi dicatur an interdictum uti possidetis sit utile alteri adversus alterum? Et est apud Cassium relatum utrique esse inutile quia alter solum possidet, alter cum ædibus superficiem. Labeo quoque scribit : Ex ædibus meis in ædes tuas projectum habeo : interdicis mecum sic :* UTI LOCUM POSSIDEAMUS QUI PROJECTO TEGETUR, *an (at?), quo facilius possim retinere possessionem ejus projectionis interdico tecum sic:* UTI *nunc* POSSIDETIS EAS ÆDES EX QUIBUS PROJECTUM EST (?). »

L'émendation aussi facile que nécessaire *sic :* UTI pour *si eum* et *sicuti* a déjà été faite antérieurement (1). WITTE (*int. uti poss.*, p. 130) pense qu'il est question de l'interdit pour trouble apporté

(1) *Zeitschrift*, 11, p. 330.

à la possession du fonds servant et ALBERT (*int. uti poss.*, p. 101 et s.) remplace même à cet effet *utrique* par *utique*. Mais ce passage suppose deux interdits, l'un pour le fonds troublé, l'autre pour le fonds cause du trouble. Cassius les considère tous deux, même celui du fonds troublé, comme inopérants, parce que, à ses yeux, ni le sol ni la maison ne sont entamés, et que l'on ne donnait pas d'interdits pour la possession de l'espace. Labéon rectifie cette erreur, mais pense que dans l'intérêt de la clarté il faut conseiller au propriétaire du fonds dominant d'agir reconventionnellement, à cause du trouble apporté à sa possession par l'objection que l'on élève contre sa construction (1). Sans doute la contradiction entre Labéon et Cassius et l'erreur de ce dernier disparaîtraient si au lieu d'*inutile* on lisait *utile;* mais c'est là une conjecture de Cujas qui ne s'appuie sur aucun manuscrit.

§ 47.

QUASI-POSSESSIO DU DROIT DE SUPERFICIE.

NUM. 171.

(P. 485, ligne 10.)

RUDORFF, *Beitrag zur Gesch. der superficies. Zeitschr.*, XI, n° 7, p. 229-235, 1842.

EMMERICH, *Beitrag zur Lehre vom Besitz des Superficiars. Zeitschr. f. Civilr. und Proc.*, nouv. série, XVII, n° 1, 1860, p. 12-18.

NUM. 172.

(P. 485, à la fin de la note 2.)

Il faut accorder à l'emphytéote un *utile interdictum uti possi-*

(1) RUDORFF, *Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft*, 11, p. 332.

detis correspondant à son *utilis rei vindicatio* (D., VI, 3, *si ager vectigalis petatur*). Seulement il ne faut pas, à l'exemple de ZIELONACKI, p. 16, entendre par là un interdit cédé, mais bien, comme le fait BEAUVOIS, p. 41, un interdit modifié. La modification consiste dans l'insertion du mot *vectigalem* après *fundum*. L'emphytéose ne requiert aucune autre modification, ni un interdit spécial pour le *frui ex lege locationis*, ni une *quasi in rem actio*, comme en matière de superficie, parce que l'emphytéote a la possession du sol, tandis que le superficiaire n'a que la quasi-possession de la maison. Ainsi s'explique cette possession en apparence dérivée de l'emphytéote. En réalité, il est *juris possessor*, mais son interdit n'est pas un interdit quasi-possessoire tendant à FRUI *ex lege locationis*, mais un interdit possessoire véritable : *uti* POSSIDETIS *eum fundum*, seulement avec l'addition *vectigalem*. L'interdit direct de celui qui possède le sol à titre de propriétaire reste seul sans addition aucune : *uti possidetis eum fundum*.

NUM. 173.

(P. 486, ligne 19.)

Le motif en est dans l'Édit : « *Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.* » Si l'on en parle à propos d'actions réelles (L. 73, § 1, L. 75, *de rei vindic.*), ce n'est qu'incidemment.

NUM. 174.

(P. 490, à la fin de la section 5e.)

Cette dernière opinion mérite la préférence par cela seul déjà que l'interdit laisse intacte la question de droit. Mais ceci ramène évidemment à l'opinion condamnée, d'après laquelle la *in rem*

actio serait promise, selon les circonstances de la cause, tandis que l'intérêt était accordé d'une manière pure et simple dans l'intérêt de l'ordre public. L. 73, § 1, — L. 75, *de rei vind.*, GAIUS, IV, 118.

SECTION SIXIÈME.

MODIFICATIONS APPORTÉES AU DROIT ROMAIN.

§ 48.

NUM. 175.

(P. 491, à la dernière ligne.)

DELBRUECK (1) a prétendu fondre complétement ensemble la *Gewere* du droit germanique et les garanties de la propriété et de la possession en droit romain. Il donne au propriétaire privé de sa possession trois actions différentes : 1. la revendication romaine; 2. une action réelle fondée sur la possession plus ancienne, action qui s'identifierait à l'action publicienne; 3. une action réelle fondée sur la perte de possession contre le gré du possesseur, action qui aurait absorbé l'*actio quod metus causa*, et qui par conséquent, à la différence du n° 2, se donnerait même contre le possesseur qui fonde sa possession sur un titre. — Mais en Allemagne les effets de la *Gewere* se bornent à la possession d'un droit, § 49, tandis que les voies légales destinées à protéger la possession à titre de propriétaire appartiennent au

(1) *Die dingliche Klage des deutschen Rechts*, 1857, p. 283.

droit romain et au droit canon, §§ 50, 51 (1). Il en est un peu différemment en France, où la détention d'an et jour (*Gewere*) a réagi sur la possession annale (art. 23 du code de procédure civile) et sur la revendication des choses mobilières (art. 2279 du code civil).

§ 49.

MODIFICATIONS DE LA NOTION DE LA POSSESSION.

NUM. 176.

(P. 496, ligne 15.)

On a opposé à cette opinion le *cap.* 14, X., *de restit. spol.* (2). Mais ce texte refuse le *provisorium,* parce que l'on ne contestait pas l'absence de tout mariage, c'est-à-dire la non-existence de toute union quelconque, même d'une union nulle en droit. On ne se fondait donc pas sur l'absence d'une possession d'état, comme le pense Bruns, mais sur l'évidence immédiate de la question au pétitoire : « *quin restitui nequaquam debeat utpote nullo* JURIS SEU POSSESSIONIS *commodo destituta* (Bruns omet les mots *juris seu*), *quum — nullum inter eos obligatorium vinculum sit contractum.* »

NUM. 177.

(P. 497, ligne 2.)

L'admission de la quasi-possession se trouvait déjà écartée par la plaisanterie de JACOBUS DE RAVANIS sur le *cap. Querelam* (24) X. *de electione* : « *hic adversus querelam opus esse querela.* »

(1) Voyez BRUNS, *Besitz.*, p. 341; BESELER, *System des deutschen Privatrechts,* § 80.

(2) Voyez, par exemple, le *Critique prussien,* p. 114; GEIGER, dans *Linde's Zeitschr.*, 13, p. 277 et suiv.; BRUNS, p. 193.

CINUS, *ad* L. 28 C. *de pactis,* dit à ce sujet : *Quod in personalibus actionibus locum habeat possessorium nusquam auditum, nusquam relatum præterquam a* SATURNINO. » C'est une allusion à la L. 1, § 1, *de senatoribus;* si Cinus avait vécu de nos jours, il aurait pu citer le *Critique prussien,* p. 115.

§ 50.

DE L'ACTIO SPOLII.

NUM. 178.

(P. 497, ligne 17.)

Voy. BRUNS, *Recht des Besitzes im Mittelalter,* 1848, p. 219-232, 256-260, 374, 375, 390-397, 417-419.

NUM. 179.

(P. 506, note 2.)

Il est une objection plus sérieuse qui s'oppose à ce qu'on emploie l'*actio spolii* pour combler la lacune en matière de servitudes de la première classe (§ 46). C'est la même raison qui exclut l'interdit *uti possidetis,* à savoir que dans les servitudes positives, qui consistent à poser un fait propre et indépendant, il ne suffit pas d'une possession actuelle pour avoir droit à protection, il faut une possession confirmée par un usage plus ou moins long ou par des faits posés à différentes reprises. La solution pratique résultera donc plutôt d'un emploi analogue de l'interdit *de itinere* ou *de aqua.* C'est ce qu'indiquait déjà BETHMANN-HOLLWEG dans son article sur la 6e édition de cet ouvrage (1); HEERWART a démontré en détail le fondement de cette opinion dans *Linde's Zeitschr.,* XII, p. 180.

(1) *Jahrb. für wissensch. Kritik,* 1838, col. 287.

Num. 180.

(P. 509, ligne 3.)

Rosshirt (1) essaye de réfuter cet argument par l'objection suivante : « En Italie, il y a autant de savants qu'en Allemagne qui mettent de côté l'histoire du droit canon. » Pour lui, il préfère les « hommes d'équité chrétienne » qui, « comme Martinus et d'autres, adhéraient aux principes plus larges du droit canon. »

Num. 181.

(P. 509, à la fin du §.)

Qu'il nous soit permis de rapporter un fait plus ancien encore : Le 26 septembre 1689, après la mort du dernier duc Jules François de Lauenbourg, arrivée le 20 septembre, l'électeur de Saxe prit possession du duché par le ministère du conseiller aulique Zapfe. Trois jours après, le duc de Brunswick-Lunebourg en fit autant. L'électeur de Saxe se plaignit de ce trouble apporté à sa possession plus ancienne ; le vice-chancelier Ludolff von Hugo publia un écrit pour soutenir les droits du Brunswick, écrit dans lequel, au chap. XIV, *von der Possession*, p. 571-818, il s'étend péniblement sur tous les détails les plus minutieux de cette prise de possession. A la p. 625 il dit : *Quod si Canone Redintegranda id introductum esset, quæstio foret, quis tam iniquæ tamque a ratione alienæ legislationis auctor fuisset ?... cum jam antiquitatum peritis notum sit, scriptum esse supposititicum et falsum, unde canon ille sumptus est... non tamen opus est id tractare. Nihil enim minus quam aliquid novi juris possessorii*

(1) *Linde's Zeitschr.*, 16, p. 202.

eo canone continetur nec quicquam ibi dicitur præter id quod jure civili constitutum est. »

§ 51.

POSSESSORIUM SUMMARIISSIMUM.

NUM. 182

(P. 514, note 1.)

On rattachait, il est vrai, ce moyen de droit à la *lex Æquissimum* (L. 13, § 3, *de usufr.* « *Cur enim ad arma et rixam procedere patiatur Prætor?* ») et à la L. 7, § 5, *comm. divid.*; mais le principe de la pratique italienne était plus général : Paulus de Castro (mort en 1441) pose le principe suivant : *Omnis possessor lite pendente in possessione manuteneri debet*, et c'est seulement l'intervention de la chambre impériale qui fut restreinte au *timor armorum proximus*. Voy. BRUNS, §§ 28, 33, 44. C'est donc avec raison que la pratique locale introduite postérieurement (BRUNS, §§ 45, 46) n'est plus revenue aux principes de la chambre impériale.

NUM. 183.

(P. 519, note 2.)

Récemment DELBRUECK a considéré comme une action réelle celle que suppose le *cap. Licet causam*, action qui aurait seulement pris la forme de l'interdit à cause des fonctions doubles de l'interdit *uti possidetis*. (Voyez, n° 175 de cet appendice.) Cette manière de voir a été victorieusement réfutée par MAASSEN et par BRUNS (1). Ce dernier confirme encore le caractère possessoire de

(1) Voyez *Jahrb. von Bekker*, II, 1858, n° 13, p. 443-474, et IV, 1860, p. 74-80.

cette action par le texte complet qui se trouve dans *Epistolarum Innocenti* III, *libri* XVI, *Ed. Steph. Baluzius*. Paris, 1682. Tome II, p. 65.

Si, après cet exposé de tout ce qui a été publié en matière de possession depuis la 6e édition de l'ouvrage de M. de Savigny, on se demande quels résultats positifs la connaissance de la théorie romaine a recueillis de toute cette longue série d'études nouvelles, on s'étonne de leur importance relativement minime.

Ce fait, surprenant au premier abord, s'explique cependant assez facilement.

S'il est dans le domaine du droit civil des matières qui, après avoir été anciennement approfondies sous tous les rapports, ont eu à souffrir ensuite du faux esprit d'innovation et de l'excès de travaux modernes, entrepris souvent avec une connaissance imparfaite du droit romain, — la possession est certes de ce nombre. Dans de telles conditions, le vrai n'est plus neuf, et le neuf ne saurait toujours être vrai, parce qu'on succombe trop facilement à la tentation de subordonner l'intérêt de la vérité et de la science au désir d'être original.

Le futur éditeur d'une huitième édition pourra donc être plus bref que nous dans l'appréciation de cette littérature nombreuse dont la majeure partie sera alors depuis longtemps surannée.

Mais nous pouvons nous féliciter des vues nouvelles ouvertes en matière de possession par la critique approfondie du texte des Pandectes à laquelle Mommsen a donné l'impulsion (p. 528).

La concordance entre le texte florentin et les Basiliques pouvait à juste titre paraître encore à Savigny (p. 159) tellement insignifiante, qu'il n'y attachait aucune valeur en présence des

manuscrits de la Vulgate. Les Basiliques n'offrent en effet qu'un extrait abrégé et interpolé du texte. Mais la question se présente tout différemment depuis que Zachariæ von Lingenthal (1) et Heimbach (2) ont démontré que les anciennes scolies des Basiliques renferment la traduction littérale faite peu après l'an 542 par Dorothée, l'un des collaborateurs du Digeste, qui avait à sa disposition non-seulement les manuscrits les plus anciens du Digeste, perdus pour nous, mais même encore les écrits des jurisconsultes classiques dans lesquels furent puisés les matériaux du Digeste. L'autorité que Savigny accordait aux manuscrits de la Vulgate à côté du texte florentin est plutôt due aux jurisconsultes byzantins du VI^e^ siècle, des écrits desquels ont été extraites les *anciennes* scolies des Basiliques. Il est vrai que c'est seulement dans les suppléments de Zachariæ et dans le manuel qu'on nous promet de l'édition de Heimbach, que ces anciennes scolies sont distinguées des autres d'une manière plus précise.

Les passages de l'Index de Dorothée qui concernent la possession se bornent au titre *de vi et vi armata* et se trouvent réunis dans Heimbach aux pages 354 et 355.

L'un d'eux contient une confirmation remarquable de la leçon florentine *qui possidet*, leçon que nous avons adoptée, en nous basant sur des motifs intrinsèques, au num. 42 de cet appendice. Dorothée rend ces mots par ἁρμόζει δὲ τῷ νεμομένῳ μόνον (scolie 72. Tome 5, p. 582, Heimbach).

Une autre scolie (5, 578 ὁ αὐτὸς) de Dorothée sur la L. 1, § 29, *de vi* (p. 330) confirme, il est vrai, la leçon florentine *sine corporali vi*, qu'elle rend par δίχα τῆς σωματικῆς βίας au lieu du *sine corpore aliquo* de la Vulgate. Mais d'autre part les mots

(1) *Kritische Jahrb. für deutsche Rechtswiss.*, 1842, p. 495-501.
(2) *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, 1863, 2, p. 337-340.

suivants : οὐκ εὖν καὶ οὗτος ne répondent pas au texte florentin *Ego etiam eum,* mais bien à celui de la Vulgate *Ergo etiam eum :* de sorte que le mot *Ego* dans le texte florentin serait une erreur de copiste. Vient enfin cette opposition qui manque dans tous les manuscrits du Digeste, tandis que Dorothée la trouva encore dans les siens ou bien l'ajouta de sa propre autorité comme une simple conséquence et à titre d'explication : εἰ δὲ καὶ χωρὶς βίας ἐπελάβοντο τῆς νομῆς, ἣν καταλέλοιπεν ὁ φυγών, οὐ δοκεῖ ἐκβεβλῆσθαι κατα βίαν τῆς νομῆς. Dans la scolie 61, V, 581, πρὸς μίαν ρυμὴν μόνην, Dorothée s'accorde aussi, non pas avec le texte florentin *ad angulum,* mais avec la Vulgate : *ad angulum unum.*

Quant à la question de savoir jusqu'à quel point ces ajoutes reposent, comme nous devons le croire, sur de simples gloses, ou si elles se basent sur l'autorité de textes byzantins originaux, elle ne pourra se résoudre que par l'édition critique de tout le texte du Digeste que Mommsen a entreprise et que tous ceux qui s'intéressent sérieusement au droit romain attendent avec impatience.

Mais plus il se publiera ainsi de travaux critiques, exégétiques ou dogmatiques, sur des points de doctrine détachés, plus aussi la génération nouvelle sera exposée au danger de perdre de vue les principes élémentaires et fondamentaux qui servent de base à tout l'édifice scientifique. Pour la garantir contre ce danger, il sera donc d'autant plus nécessaire de republier sans cesse les grands travaux modèles des maîtres antérieurs, qui l'emportent décidément par la manière dont ils possèdent les principes fondamentaux, et au nombre de ces travaux il faut placer en première ligne le présent ouvrage.

TABLE DES MATIÈRES.

Préface du traducteur (v).
Préfaces de l'auteur (IX-XII).
INTRODUCTION. — 1. Sources (XIII-XVI).
2. Bibliographie (XVI-XXXVI).
SECTION PREMIÈRE. Notion de la possession (1-185).

§ 1. Introduction à cette étude (1-5).
La *détention*, base de la possession (2). — La possession considérée comme condition d'existence de certains droits : *jus possessionis* autre chose que *jus possidendi* (3). — Aperçu général de la section première (4)

§ 2. Conditions juridiques moyennant lesquelles la détention devient possession (5-9).
Premièrement : l'usucapion (5, 6).
Deuxièmement : les interdits ; leur rapport avec un acte qui dans sa forme même est illégal (7, 8).

§ 3. Réfutation d'autres caractères que l'on voudrait lui attribuer (9-15). — Tradition et occupation (10, 11). — *Publiciana actio* (11). — *Fructuum perceptio* (12). — Dispense de l'obligation de prouver (12, 13). — Droit de se défendre soi-même dans l'exercice de la possession (14, 15). — Droit de rétention (15).

§ 4. Place que cette matière occupe dans les sources du droit romain (16-20). — Institutes (16). — Pandectes (16). — Code (17). [Basiliques, *id.*] — Paul (17). — Édit (17, 18). — Place qu'occupent les droits dont parle le § 3 (19, 20).

§ 5. La possession est-elle un droit (20-25).
La possession est à la fois un droit et un fait : *dominium possessionis* (21). — Conséquence : pas de *successio in possessionem* (22). — Exceptions à cette règle (22, 23). — L. 49, pr. *de poss.* (23).

§ 6. A quelle classe de droits appartient la possession (25-47)?

Cette question ne concerne pas l'usucapion (23). — Les interdits appartiennent à la théorie des obligations. L. 1, § 3, *de interdictis* (26, 27). — Ce sont des *obligationes ex maleficiis* (27). — Pourquoi les sources ne les rangent-elles pas parmi ces dernières (27, 28)? — Observations sur les opinions de divers auteurs (29-47).

Addition de la 6e édition (32-47).

§ 7. Termes adoptés par les jurisconsultes romains (47-79).—Aperçu général de ce paragraphe (47, 48).

1. *Civilis possessio* et *naturalis possessio* (49-66). — Signification générale du mot *civilis* (49). — Applications particulières : Remarque préalable sur le *civiliter non possidere* (53). — Applications : *a*) au *pignus*. L. 3, § 15, *ad exhibendum* (54). — *b*) donation entre époux (56). — L. 26, *de don. int. vir. et ux.*; L. 1, § 4, *de poss.*; L. 1, §§ 9, 10, *de vi* (57. Voy. 398). — *c*) *Nemo sibi causam*, etc. (59); L. 33, § 1, *de usurp.* L. 2, *pro herede* (62). — *d*) Possession dans le chef d'un esclave. L. 24, *de poss.* L. 38, §§ 7 et 8, *de verb. obl.* — L. 1, § 1, *de his qui sui*, § 1, l. *eod.* (64, 65). — *e*) Possession des diverses parties d'une chose composée. L. 7, §§ 1, 2, *ad exhib.* (66). — *Naturalis possessio* (66, 67).

2. *Possessio* (*ad interdicta*) et *naturalis possessio* (66). — *a*) *Possessio* dans un sens juridique, comme quelque chose de distinct de la *naturalis possessio* (67); la détention physique peut se retrouver dans la possession juridique (68). — *b*) Importance de cette distinction au point de vue des interdits (69). — L. 9, *de rei vindic.* (70, 71).

3. Rapport entre la *civilis possessio* et la *possessio* (*ad interdicta*) (72-74). - Ces deux effets de la possession ne se basent pas sur une distinction entre différentes espèces de possessions (73). — Conséquences : pour l'interprétation des sources (73); pour la doctrine (74).

4. *Naturalis possessio* (74-77).

Deux acceptions de ce terme (74). — L'une et l'autre sont négatives (74). — Première acception, relative à l'usucapion. L. 1, §§ 9, 10, *de vi* (75). — Seconde acception relative aux interdits (76). — Règle d'interprétation (76).

5. *Possessio* en général (77-79). — Originairement sens non juridique (77). — *Possessio* dans le sens de possession juridique (78). — Règles d'interprétation (78-79).

§ 8. Continuation de l'étude des termes consacrés (80-86).

Possessio justa, injusta (80-81). — *Possessio bonæ fidei* (82). — *Possessio* pour désigner la chose dont on est propriétaire (83, 84). — *Possessio* pour désigner la position de défendeur (84). Juris *possessor*. L. 62, *de judic.* (85, 86). — Règle d'interprétation (86).

§ 9. Éléments substantiels de la possession (87-118).

La détention seule ne suffit pas pour produire la possession (87, 88). — *Animus domini* (89). — Application de cette notion : 1. à la propriété bonitaire (91-92); 2. aux fonds provinciaux (92); 3. non pas aux servitudes (93, 94); 4. ni à la superficie (94); 5. ni à l'*ager vectigalis*, ni à

l'emphytéose (95-97) ; 6. ni au droit du gage (98). — Possession dérivée : à la différence de la possession originaire, elle n'exige pas l'*animus domini* (99). — *Animus possidendi* (99). — Tableau exposant la terminologie romaine (102). [Possession du propriétaire?] — Objets qui ne sauraient être possédés : hommes libres, *res publicæ*, *res sacræ* (103-105). — Sujets qui ne sauraient posséder (105). — 1. *Filiusfamilias* (105). — 2. Esclaves et personnes possédées comme esclaves (106, 107).

Addition de la 6e édition (108-118).

§ 10. Histoire littéraire de la notion de la possession (118-150).

1. Explication de la division de la *possessio* (*civilis* et *naturalis*) d'après le mode de son exercice. PLACENTIN (119). AZON (120). ROGERIUS (120).

2. Explication d'après les effets juridiques (121).

Première école (122). BASSIEN (123). BARTOLUS (124). CUJAS (125, 126).

Deuxième école (126).

Troisième école (127, 128). MARTINUS GOSIA (128). CUPERUS (130).

Combinaison de plusieurs systèmes opposés (131). DONELLUS (132).

Addition de la 6e édition (133-138).

[Autre addition de la 6e édition (138-150).]

§ 11. Toute possession est exclusive : *plures eandem rem in solidum possidere non possunt* (150-170).

Ce n'est pas de la *compossessio* qu'il s'agit ici (151). Opinions diverses des jurisconsultes romains : énoncé de la question (152, 153). Quelques-uns entendent la règle d'une manière absolue. D'autres en excepteut la *possessio justa* et la *possessio injusta* (154).

Preuve de la règle en général. L. 3, § 5, *de poss.* (156). [L. 19, pr. *de precario* (156)]. L. 5, § 15, *commodati* (158).

Explication des diverses applications spéciales sur lesquelles il y avait controverse.

A. *Violenta possessio* (158). L. 1, § 45, *de vi* (159). L. 17, pr. *de poss.* (160).

B. *Clandestina possessio* (161).

C. Possession à la fois clandestine et violente. L. 3, pr. *uti possid.* (162).

D. *Precaria possessio* (163). L. 15, §4, *de precario* (164). L. 13, §§ 7, 9, *de poss.* (164, 165).

Résultats : pour l'histoire du droit (165, 166) ; pour le système du droit (166).

Histoire de la doctrine (167, 168). [*Possessio vacua* (169)].

§ 12. Plan de l'ouvrage (170-177).

La possession (c'est-à-dire l'exercice du droit de propriété) ne peut s'appliquer qu'à des choses corporelles (172). *Jura* ou *jura in re* (173). *Juris quasi possessio* (173, 174). Confusions à éviter (174). Erreurs de nos jurisconsultes modernes (175, 176).

§ 12a. Histoire de la possession (177-185),

Possessio désignant le droit que l'on a sur l'*ager publicus* (179), la propriété bonitaire (181), la *bonorum possessio* (181). — Possession de l'*ager vectigalis* (183).

SECTION DEUXIÈME. Acquisition de la possession (187-311).

§ 13. Aperçu général (187, 188).

§ 14. *Factum*, première condition pour acquérir la possession (appréhension) (189-194).

Opinion vulgaire sur le *factum*. Est-ce une appréhension fictive au moyen d'actes symboliques (189) ? — Importance de la question (190). — Invraisemblance de l'opinion généralement reçue (191). — Notion exacte de l'appréhension à démontrer dans la suite (193, 194). — L. 1, § 21, *de poss.* (194).

§ 15. I. Appréhension d'immeubles (195-199). Présence immédiate (195). Présence d'une seconde personne voulant également posséder (197). Cet obstacle est écarté par la volonté même de cette seconde personne (197); par la violence. L. 52, § 2, *de poss.* (198). — Exception à la règle (198, 199).

§ 16. II. Appréhension de choses mobilières (199-208). Présence immédiate (199). L. 79, *de solut.* (199). L. 1, § 21, *de poss.* (200). L. 31, § 1, *de donat.* (201). L. 51, *de poss.* (201). L. 14, § 1, *de peric. et comm. rei vend.* (202). L. 1, C. *de donat.* (202). — Applications (204). Animaux sauvages (205). Remise des clefs (205). L. 9, § 6, *de adq. rer. dom.* (207). L. 1, § 21, *de poss.* (207). L. 1, § 2, *de peric. et comm. rei vend.* L. 14, § 1, *eod.* L. 74, *de contrah. empt.* (207, 208).

§ 17. Appréhension de choses immobilières. Continuation (209-217).

Appréhension sans présence immédiate lorsque la chose est déposée dans la maison de l'acquéreur (209). L. 18, § 2, *de poss.* (209). L. 9, § 3, *de jure dot.* (209). Motif (209). Conditions plus précises de ce mode d'acquérir la possession (210). L. 30, pr. *de poss.* (210). Trésors : notion (211). Acquisition de la possession des trésors (211). L. 15, *ad exhib.* L. 44, pr. *de poss.* (213). L. 3, § 3, *de poss.* (214-217).

§ 18. Définition plus spéciale de l'appréhension (218-224).

Ses rapports avec la conviction que l'on a de posséder (218, 219). Formule nouvelle pour désigner la substance de la possession (220). Essai de conciliation (222). Exemple d'application (224).

§ 19. Acquisition de la possession par suite d'une appréhension antérieure (225-230). *Traditio brevi manu* (225). [L. 47, *de rei vind.* (226)]. L. 9, § 5, *de adquir. rer. dom.* § 44. I. *de rer. divis.* L. 62, pr. *de edict.* L. 9, § 9, *de rebus creditis* (227). Transmission conditionnelle (228). L. 38, § 1, *de poss.* (228). Exception à la règle (228).

§ 20. *Animus possidendi*, deuxième condition de l'acquisition de possession. — Aperçu général (229, 230).

§ 21. Personnes incapables d'avoir l'*animus possidendi* (230-243).

Personnes civiles. L. 1, § 15, *si is qui test. liber* (231). — Insensés. L. 1, § 3, *de poss.* (231). L. 18. § 1, *de poss.* (231). — Impubertè. L. 1, § 3, *de poss.* L. 26, C. *de don.* (232). — *Infantes* (232, 233). L. 32, § 2, *de poss.* (234). L. 3, C. *de poss.* (236). — Variante d'Alciat (237). — Opinions diverses (239-241).

Addition de la 6e édition (241).

Addition de la 7e édition (242).

§ 22. Possession des diverses parties d'une chose (243-258).

Première règle (délimitation arbitraire de ce qui constitue le tout) (243). — Deuxième règle (subdivision purement abstraite) (244). L. 26, *de poss.* (244). L. 32, § 2, *de usurp.* (245). — Troisième règle (relative aux bâtiments surtout) (246). — Quatrième règle (possession de la partie comprise dans celle du tout) (247). 1. Choses mobilières (248). 2. Fonds de terre (249). 3. Trésor (250). 4. Bâtiments. L. 23, pr. *de usurp.* (250). Spécialités relatives à ce point (250). — La quatrième règle ne concerne pas la conservation de la possession. L. 30, § 4, *de poss.* et L. 30, § 1, *de usurp.* (251). L. 7, § 1, *ad exhib.* (253, voy. p. 66).

Addition de la 6e édition (254-258).

§ 22*a*. Possession de diverses parties d'une chose ; acquisition des fruits (258-264).

1. Par le propriétaire de la chose frugifère (259). 2. Par le fermier, l'usufruitier (259). 3. Par le possesseur de bonne foi (260). 4. Par l'emphytéote et le fermier de l'*ager vectigalis* (264). 5. Par le créancier gagiste antichrésiste (264).

§ 23. Possession dérivée (265-276).

Trois espèces de cas où la détention d'une chose se transfère sans qu'il y ait mutation de propriété (265).

Première classe. Cas où le transfert de la détention n'implique jamais le transfert de la possession juridique (266). — 1. *Procurator possessionis* (266).—2. Commodataire (266).—3. Locataire (266, 267).—[Faut-il admettre une exception pour la *possessionis conductio* (267)?] —4. *Missus in possessionem* (268). [L. 7, pr. *de damno infecto* (268). L. 30, § 2, *de poss.* (269). —5. L'usufruitier (269). [Cicéron, *pro Cœcina*, 32? (270)]. L. 6, § 2, *de prec.* L. 12, pr. *de poss.* (270). L. 52, pr. *de poss.* (271). Auteurs (271). — *Usuarius* (272). — *Superficiarius* (272). — L. 3, § 7, *uti possidetis* (273). Placentin (276).

§ 24. *Deuxième classe.* Détention qui ne se transfère jamais sans être accompagnée de possession (276-283).

1. Emphytéote (276). 2. *Creditor pigneraticius* (276). — Motif de cette possession (277). — Caractères précis de cette possession (278, 279). — Preuves (280). L. 16, *de usurp.* (281). L. 7, § 2, C., *de præscr.* 30 *vel* 40 *ann.* (281). L. 37, *de pignor. act.* (281). L. 36, *de poss.* (282). Opinions des jurisconsultes modernes (283).

§ 25. *Troisième classe.* Détention qui se transfère tantôt seule, tantôt accompagnée de possession (284-287).

Dépôt. L. 3, § 20, *de poss.* (284). L. 39, *de poss.* ; L. 17, § 1, *deposit.* (285). — *Precarium* (285). [*Possessionis precarium* (285)].

§ 26. Acquisition de la possession par l'intermédiaire d'un tiers (287-302).

Caractère spécial de ce mode d'acquisition (288). Acte à poser par le représentant (289). L. 1, §§ 19, 20, *de poss.* L. 37, § 6, *de adquir. rer. dom.* L. 43, § 1, *de furtis.* L. 13, *de donat.* (289, 290). Volonté du nouveau possesseur lui-même (290). *Ignorantis possessio ;* double sens que peut avoir cette expression (291). Lien juridique entre le représentant et la personne représentée (291). — A. Lien d'autorité. Esclaves (292).

Filiifamilias (293). — *Peculiaris causa* (294). B. Lien résultant d'une convention libre (295). L. 51, *de poss.*; L. 41, *de usurp.*; L 13, pr. *de adquir. rer. dom.*; L. 1, C., *de poss.* (297). La règle ne date pas seulement de Sévère, mais existait déjà du temps de Labéon (298). Développements ultérieurs de cette règle (299). Paul, V, 2, § 2. L. 42, § 1, *de poss.* (299).

§ 27. *Constitutum possessorium* (302-307). L. 18, pr. *de poss.* (303). Notion du *constitutum* (303). — Il ne faut l'admettre qu'exceptionnellement (304). L. 48, *de poss.* (304). — Exceptions : cas où il faut admettre un *constitutum*. A. Le donateur d'une chose en devient en même temps locataire (305). — B. Le donateur d'une chose s'en réserve l'usufruit (305). — C. *Pignus precario rogatum* (306). — D. *Societas universorum bonorum* (306, 307). — Opinions des auteurs (307).

§ 28. Résultats acquis dans cette section (308-311). L'acte purement juridique ne saurait donner la possession (308). Adition d'hérédité (308). Mancipation (309). — Des motifs purement juridiques ne sauraient empêcher l'acquisition de la possession. L. 22, *de poss.* (309).

SECTION TROISIÈME. Perte de la possession (312-360).

§ 29. Comment se perd la possession (312). L'idée de la conservation et celle de la perte de la possession sont corrélatives (312). — La règle sur la perte de la possession se déduit de la notion de la possession : la perte du *factum* seul, ou de l'*animus* seul, suffit pour faire perdre la possession (313, 314).

§ 30. Examen exégétique de cette règle (314-323).

L. 44, § 2, *de poss.*; L. 153, *de reg. jur.*; L. 8, *de poss.* (315). L'explication habituelle ne peut être admise (316). — *Utrumque* (317 et 318, note 1). L. 16, *de legatis*, II; L. 8, § 5, C., *de bonis quæ lib.*; L. 3, C., *comm. divid.* L. 1, § 3, *uti poss.* (319, 320). — Rapport logique des différentes parties de ce passage (320). Objet des paragraphes suivants (322).

§ 31. Perte de la possession par suite d'un fait matériel (323-338).

Chose mobilière dont un autre s'empare (324); l'endroit où se trouve la chose devient inaccessible ou n'est plus à la connaissance du possesseur (324). [*Custodia* (325)]. L. 47, *de poss.*; L. 3, § 13, *de poss.* (325, 326). Animaux domestiques (326). [Esclaves (326)]. Animaux sauvages (327, 328). [L. 3, §§ 14, 15, *de poss.* (327)]. Animaux apprivoisés (328). — Immeubles (328-338). L'absence ne suffit pas pour faire perdre la possession (331). *Saltus hiberni et æstivi* (331). Le possesseur de l'immeuble occupé par un tiers ne perd sa possession que lorsqu'il apprend le fait de l'occupation (332). Conséquences (332, 333). Preuves et histoire de cette exception (334). L. 46, *de poss.* (334). L. 3, §§ 7, 8, *de poss.*; L. 18, §§ 3, 4, *de poss.* (335). L. 25, § 2, *de poss.*; L. 16, § 1; L. 7, *de poss.* (336). Conséquences pour la perte de la possession par suite d'un fait extérieur (338).

§ 32. Perte de la possession par l'*animus* (338-346). Règle en cette matière (338, 339). Incapacité personnelle de perdre ainsi la possession (339, 340). L. 29, *de poss.* (340). L. 11, *de adquir. rer. dom.* (340). Extension de cette incapacité (340, 341). [*Animo desinere possidere* (341, 342)]. — Preuve

de l'*animus non possidendi* par l'interprétation d'actes posés par le possesseur (342). — A. *Constitutum* (342). — B. *Rei vindicatio?*-L. 12, § 1, *de poss.* (343). Voy. aussi (380). Simple omission. L. 37, § 1, *de usurp.* (344). L. 4, C., *de poss.* (345). *Saltus hiberni et æstivi* (345).

§ 33. Conservation de la possession par l'intermédiaire d'un tiers (346-360).

Que faut-il que le possesseur fasse (346)? — Relation existant entre lui et son représentant (347). — Que faut-il que le représent fasse (348)? — A. Perte de la possession au profit du représentant (348). L. 20, *de poss.* (349). Exceptions applicables à ce cas (349). L. 67, pr. *de furtis* (350). L. 47, *de poss.*; L. 3, § 18, *eod.* (351). — B. Perte de la possession dans le chef du représentant (352-360). Cas sur lesquels il n'y a jamais eu controverse (353, 354). Cas controversés (354). L. 40, § 1, *de poss.* (354). L. 3, §§ 6-9, *de poss.* (356). L. 12, C., *de poss.* (359).

SECTION QUATRIÈME. Des interdits (361-458).

Sources et auteurs (361, 362),

§ 34. Notion des interdits (362-367).

Leur rapport avec les *actiones* (362, 363). — Ils sont devenus, comme celles-ci, des *ordinaria judicia* (365). Cette procédure ne présentait guère d'utilité particulière en pratique; elle n'a jamais été sommaire, pas même dans le droit ancien (366).

§ 35. Interdits possessoires (367-376).

Notion : Actions qui se basent sur la possession (367). — Les interdits *adipiscendæ possessionis* ne sont pas des actions possessoires et ne constituent d'ailleurs pas de catégorie spéciale d'actions (369). Paul, III, 5, § 18 (368). Addition de la 6e édition (371). — Faut-il, dans les interdits possessoires, prouver la possession actuelle ou seulement une acquisition antérieure de la possession? (374-376).

§ 36. Les interdits possessoires ne sont pas des revendications provisoires (377-382).

Notion des moyens de droit provisoires (377). Étymologie d'Isidore et de l'*interpretatio goth. in Paulum* (377). — Ce que nous avons dit jusqu'ici suffit pour prouver l'erreur (378). — Occasion déterminante de cette erreur (378). [*Manus conserta* (379, 380).] L. 12, § 1, *de poss.* (380). Exposé des matières de la section quatrième (381).

§ 37. *Interdicta retinendæ possessionis* en général (382-392). Auteur à consulter (382).

Introduction historique (382-385). — Conditions : 1. Possession (386). 2. Lésion par acte de violence (386, 387). 3. Possession subsistant encore actuellement (387). L. 11, *de vi* (387). But de ces interdits (388). Ils sont *interdicta duplicia;* à qui incombe la preuve lorsque le défendeur prétend avoir le droit de copossession avec le demandeur (389-392).

§ 38. *Interdictum uti possidetis* (392-397).

Sources (392).

Conditions (393). *Possessio civilis* (393)? Cuperus (393). Possession actuelle (394). — Effet (395). Caution [L. un., C., *uti poss.*]. (395, 396). — Exceptions : 1. *vi, clam, precario possidere* (396). 2. Prescription (397).

§ 39. *Interdictum utrubi* (397-407).

Sources (397).

Conditions (398). *Possessio civilis?* [Cuperus] (398, 399). Condition particulière abolie par Justinien (399). Possession actuelle depuis Justinien, à la différence du droit antérieur (399). Arguments erronés par lesquels on voulait établir la règle pour le droit antérieur : L. 3, §§ 5, 12, *ad exhib.* (400). L. 14, C., *de agricolis* [*Cod. Th.* IV, 23]. (401). *Petron cap.*, 13 (402). Arguments fondés (403). Nécessité intrinsèque (404). — Néanmoins cet interdit n'était pas *recuperandæ possessionis* (405). Paul, V, 6, § 5 (404). — Mais en fait il y a beaucoup d'analogie (405). — Effet (405). — Exceptions : 1. *Vi, clam, precario possidere* (406) [et cela *ab adversario*, même dans le droit ancien (406)]. 2. Prescription (407).

§ 40. *Interdictum de vi* (407-438).

Source et auteur (407, 408).

Vis quotidiana [*civilis? festucaria? manus consertæ?*] *armata* : presque toute différence est supprimée (408, 409). — Conditions d'application : 1. Possession [? Cicéron, *pro Cæcina*, C. 31, 32.] (411-414). 2. *Vis atrox* (414). 3. Le défendeur doit être lui-même l'auteur de la violence. Exceptions (415, 416). 4. Il faut *dejectio*, c'est-à-dire perte véritable de la possession par suite de l'acte de violence. L. 5, *de vi*; L. 17, *eod.*; L. 3, § 9, *eod.* (418). 5. Qu'il s'agisse d'un immeuble; motif historique, surtout relativement à l'interdit *utrubi* (419-423). Les constitutions impériales ont supprimé cette cinquième condition (423). Défense de cette manière de voir contre Thibaut (424-429). — Effet : A. Restitution (429). L. 1, § 42, *de vi* (429). B. Réparation du tort causé (429). [Usucapion? L. 71, § 1, *de furtis* (431, 432).] [*Juramentum Zenonianum* (432, 433).] — Exceptions [*vis armata* (433)]. 1. *vi, clam, precario possidere* (433). *Cic. ep. ad fam.*, VII, 13 (433). Sauf dans le cas de *vis armata* (434); motif (434). Justinien a rejeté l'exception : explication historique (434, 435). Dans les Pandectes nous n'en trouvons que des preuves indirectes. L. 1, § 30; L. 18, pr.; L. 17; L. 14, *de vi* (435, 436). — 2. Prescription [Domat]; cas exceptés (436, 437). — 3. *Exceptio pacti* (438). L. 27, § 4, *de pactis* (438).

§ 41. *Interdictum de clandestina possessione* (438-444).

Conditions d'application (438-441).

Clandestina possessio (438). [L. 4, pr. *pro suo* (439).] Exception en faveur du propriétaire (439, 440). Il ne s'agit pas nécessairement de la possession d'un tiers (440). Mais l'interdit n'est possible que dans cette hypothèse (441, 442). L'interdit ne concerne que des choses immobilières (441). Existait-il réellement un tel interdit (442-443) ? [L. 7, § 5, *comm. div.* (442).] Aperçu historique (443, 444).

§ 42. *Interdictum de precario* (445-452).

Sources et auteurs (445).

Notion du *precarium* [Paul, V, 6, §§ 11, 12] (446). *Injusta possessio?* (446). — Condition de cette obligation (447). — Son objet (447). — Exceptions? (449). — Histoire du *precarium* (450-452).

§ 43. Changements introduits par les constitutions impériales (452-458).

Opinion générale (452). —Réfutation directe (453). — Explication des diverses constitutions : L. 5, C., *unde vi* (454). L. 8, C., *unde vi;* L. 11, C., *unde vi* (454, 455). L. 12, C., *de poss.* (457). *Tit. Cod. si per vim vel alio modo,* VIII, 5 (457). Résultats (458).

SECTION CINQUIÈME. *Juris quasi possessio* (459-490)

§ 44. Introduction (459-461).

Il n'y a ici rien de spécial relativement à l'*animus* (460).

§ 45. Servitudes personnelles (461-466).

Détention de la chose comme en matière de possession proprement dite (461). [Acquisition du droit lui-même. L. 3, pr. *de usufr.*] (461, 462). — Continuation de cette possession [L. 12, § 2, *de usufr.;* L. 29, pr., *quib. mod. usufr.*] (462-464). — Interdits (464) : 1. *uti possidetis* [L. 4, *uti possidetis*] (464, 465). 2. *utrubi* (465). 3. *unde vi* (465). 4. *de clandestina possessione* (466). 5. *de precario* (466).

§ 46. Servitudes réelles (467-485).

Trois classes (467). Première classe (468).. Acquisition (468, 469). Perte (469). Interdits (469); les interdits ordinaires ne s'appliquent pas ici (469-471). 1. *Int. de itinere :* conditions (472, 473). Objet (474). Exceptions [L. 3, § 2, *de itinere*] (474, 475). — 2. *Int. de reficiendo itinere* [il a disparu en pratique] (476, 477). — 3. *Int. de aqua :* conditions (477, 478). Objet (478). Exceptions (478). 4. *Int. de rivis* (478, 479). — 5. *Int. de fonte* (479).

Deuxième classe (479).

Troisième classe (servitudes négatives]; acquisition de la possession, côtés divers de la question (480-482). Perte (483). Interdits relatifs à la deuxième et à la troisième classe (483). [*Int. de cloacis* (484). [L. 86, *de verb. sign.* (484)]

§ 47. *Superficies* (485-487).

Addition de la 7e édition aux §§ 46 et 47 (487-490).

SECTION SIXIÈME. Modifications apportées au droit romain (491-523).

§ 48. Introduction (491, 492).

§ 49. Modifications de la notion de la possession (492-497).

Exercice de tout droit en général (492, 493). — Rapport véritable avec des droits ecclésiastiques ou publics (494, 495). — Droits de famille? (496). — Obligations? (496, 497).

§ 50. *Actio spolii* (497-509).

Auteurs (497). — *Can. redintegranda* (498, 499). — Sens qu'on prétend donner à ce canon (499). — Son véritable sens (500,502). — Origine de l'interprétation erronée? (502) — Autres dispositions du droit canon sur les actions possessoires : 1. C. 18, X, *de rest. spol.* (503, 504). — 2. *Exceptio spolii* (504, 505).

Addition de la 6e édition (505-509).

§ 51. *Possessorium summariissimum* (509-522).

Origine (509-513). [Peut-il se rattacher au droit romain (510)?] — Nature de cette procédure d'après son origine (512, 513). Confirmation

de cette procédure et de cette interprétation par les lois de l'empire d'Allemagne (313-315). — *Possessorium ordinarium* [C. 9, X, *de probation.*] (315-319).

Addition de la 6e édition (319-322).

§ 52. Résultats obtenus dans la section sixième (323).

APPENDICE.

ÉTAT DE LA DOCTRINE EN MATIÈRE DE POSSESSION DEPUIS LA PUBLICATION DE LA SIXIÈME ÉDITION, PAR RUDORFF (327-754).

Introduction (327-331).

Num. 1. Auteurs qui ont écrit sur la possession depuis la publication de la sixième édition (332).

Num. 2. Détention dénuée de toute volonté quelconque (333).

Num. 3. Faut-il distinguer une détention considérée en elle-même et une détention formant un élément intégrant de la possession? Zielonacki (334).

Num. 4. *Jus possidendi.* — Oswald v. Schmidt (334).

Num. 5. Prescription, conséquence de la possession sans le concours d'aucun motif juridique (334).

Num. 6. Violation d'un droit; modification d'un fait purement matériel (335).

Num. 7. Caractère définitif de la protection légale accordée à la possession (335).

Num. 8. Les interdits et l'usucapion, conséquences de la possession. — Kœppe, Pfeifer, Hedemann (336, 337).

Num. 9. La dispense de l'obligation de prouver et la position de défendeur sont-elles des conséquences de la possession? Pfeifer, Hedemann (337-360).

Num. 10. La *fructuum perceptio* est-elle une conséquence de la possession? Zielonacki (361).

Num. 11. La légitime défense est-elle un droit attaché à la possession? Bethmann-Hollweg (361).

Num. 12. Place qu'occupe la possession dans l'Édit (361).

Num. 13. Auteurs sur la succession en matière de possession (362).

Num. 14. Soustraction de la possession. Évaluation de la possession (362).

Num. 15. Pas de succession en matière de possession. Brinz, Witte. Comment remplace-t-on cette succession (363-366).

Num. 16. Place qu'occupe la possession dans l'Édit (366). — Voy. num. 12.

Num. 17. La propriété peut constituer l'objet (l'*interesse*) de l'action possessoire. Kœppe (367).

Num. 18. Le fait de se faire justice soi-même base de la possession. Puchta, Bethmann-Hollweg (367).

Num. 19. Question de savoir si la possession est un droit? Tigerstroem, Maroschkin, Gans, Kœppe, Kierulff, Schaffrath, Bruns, Molitor, Zielonacki, Stahl, Beauvois, Oswald v. Schmidt, Lenz. — Résultat (368-385).

Num. 20. L. 3, § 15, *ad exhibendum.* Pfeifer (386).

Num. 21. Interprétation de la L. 1, §§ 9, 10, *de vi.* Thibaut, Pfeifer, Vangerow, Zielonacki (386-388).

Num. 22. L. 13, § 1, *de hered pet.* (588).
Num. 23. *Donatio possessionis.* Pfeifer (589).
Num. 24. La règle : *nemo sibi causam,* etc. Pfeifer, Huschke, Levi de Hartog, Schirmer, M. Levy (589-590).
Num. 25. L. 33, § 1, *de usurp.* Pfeifer (590).
Num. 26. Autres textes sur la règle : *nemo sibi causam,* etc. Explication de la L. 10, *si pars.* (590-592).
Num. 27. L. 2, § 1, *pro hærede.* L. 33, § 1, *de usurp.* (usucapion du détenteur). Hartog, Zielonacki, Baron (592-595).
Num. 28. L. 3, § 15, *ad exhibendum. Actio ad exhibendum* contre le possesseur *ad usucapionem* et contre le détenteur. Pfeifer (595).
Num. 29. Étymologie du mot *possessio.* Grimm, Molitor (596).
Num. 30. Intention d'exercer la propriété d'autrui. Pfeifer (597).
Num. 31. *Animus domini.* L. 3, § 7, *uti possidetis. Theophilus.* Bœcking, Lenz. Terminologie des jurisconsultes romains (597-598).
Num. 32. *Utile interdictum unde vi* du propriétaire bonitaire (598).
Num. 33. Revendication et interdits relativement aux fonds provinciaux (598).
Num. 34. *Ager vectigalis* (599).
Num. 35. La volonté de posséder dans la possession originaire et dans la possession dérivée. Lenz, Kierulff, Bœcking (599).
Num. 36. L. 30, § 1, *de poss.* Transfert de possession d'un lieu de sépulture par le moyen de la remise des clefs. Lenz (599).
Num. 37. Possession du droit d'emphytéose. Arndts. En matière de superficie. Bruns (600).
Num. 38. Rosshirt, sur la possession dérivée (601).
Num. 39. Possession dérivée; ce que c'est. Caractère anomal. Possession simultanée solidaire du constituant et de l'acquéreur. Pfeifer, Bruns, Zielonacki, Lenz, Baron (601-609).
Num. 40. *Possessio civilis.* Vangerow (610). Témoignages byzantins. Bruns, Pfeifer, Zielonacki. — Résultats (610-618).
Num. 41. *Possessio plurium in solidum.* Lenz (619).
Num. 42. Explication de la L. 1, § 45, *de vi* (619).
Num. 43. L. 17, pr., *de poss.* Witte (620).
Num. 44. Copossession du *justus* et de l'*injustus possessor?* Zielonacki. Copossession dans le cas d'occupation clandestine? Witte (620).
Num. 45. L. 3, pr., *uti poss.* (620).
Num. 46. L. 15, § 4, *de precario* (621).
Num. 47. L. 17, § 1 et L. 13, *de poss.* (621).
Num. 48. Hypothèse sur l'origine de la copossession. Adolf Schmidt. Copossession dans le cas de *precarium.* L. 16, § 4, *de precario,* Baron (621-624).
Num. 49. *Possessio duorum in solidum.* Différence entre l'opinion de Sabinus (Pomponius) et celle de Trebatius; von der Hagen, Zielonacki, Baron (624-628).
Num. 50. *Possessio,* en tant que droit sur le fonds provincial (628).
Num. 51. Le droit de la possession déduit du droit que l'on avait sur l'*ager publicus* (628).

Num. 52. Rapport de ce droit avec le droit de légitime défense : les interdits sont une organisation donnée par le préteur au droit de légitime défense, de même que la *bonorum possessio* est une organisation de la prescription d'une hérédité, Bethmann-Holweg (629-631).
Num. 53. L. 1, § 21, *de poss.*, Lenz, Bœcking (631).
Num. 54. L. 77, *de rei vind.*, Lenz (632).
Num. 55. L. 18, § 2, *de poss.*, Lenz (632).
Num. 56. Présence matérielle dans l'appréhension de choses immobilières. Lenz (632).
Num. 57. Remise de la chose par l'intermédiaire d'un fondé de pouvoirs, et par une personne qui n'a reçu aucun mandat, lorsque la ratification doit se présumer, Lenz (633).
Num. 58. L. 32, § 2, *de poss.*, Lenz (633).
Num. 59. L. 79, *de solut.*, Lenz (634).
Num. 60. *Fragm. Vatic.*, § 254; Paul, V, 11, § 1 (634).
Num. 61. L. 31, *de poss.*, Lenz (634).
Num. 62. L. 1, C. *de donat.*, Lenz (635).
Num. 63. Explication de la L. 1, C. *de donat.* La disposition des documents servant de preuve équivaut à la constatation du droit (635).
Num. 64. L. 9, § 6, *de adquir. rer. dom.*, Lenz (636).
Num. 65. Remise des clefs. L. 74, *de contrah. empt.*, Lenz (637).
Num. 66. L. 3, § 3, *de poss.*, Lenz (637).
Num. 67. L. 30, pr., *de poss.*, Lenz (637).
Num. 68. L. 3, § 3, *de poss.* (*naturalis possessio*), Oswald v. Schmidt (637).
Num. 69. L. 3, § 3, *de poss.* Trésors enfouis pendant les guerres d'Hannibal (638).
Num. 70. L. 3, § 3, *de poss.*, Lenz (638).
Num. 71. Rapport entre le *corpus* et l'*animus* dans l'acquisition de la possession. La *custodia* est-elle la base essentielle de l'acquisition de la possession? Baron (639-644).
Num. 72. Faut-il placer la volonté au premier rang des conditions exigées (644)?
Num. 73. Acquisition conditionnelle de la possession. Sell, Ihering (645).
Num. 74. Incapacité d'une succession d'acquérir le droit de possession. L. 45, § 1, *de usurp.* (645).
Num. 75. Acquisition de la possession par l'impubère. Kuhne, Goldschmidt (645).
Num. 76. Acquisition de la possession par l'*infans*. Puchta, Zielonacki, Lenz (646).
Num. 77. Acquisition de possession par l'enfant avec ou sans représentation. Possession intérimaire dans ce dernier cas. Auteurs les plus récents sur cette question. Kuhne, Lenz, Denzinger (646-649).
Num. 78. Impossibilité de la possession et de la prescription d'une *pars incerta*. Rapport avec la revendication et l'interdit *uti possidetis eum locum* (649).
Num. 79. L. 32, § 2, *de usurp.* (650).
Num. 80. L. 23, pr., *de usurp.* (650).
Num. 81. L. 30, *de usurp.* Windscheid, Madai, Binding, Pape, Stephan. Résultats acquis (651-654).
Num. 82. L'acquisition des fruits est-elle une conséquence de la possession (654)? Voy. num. 10.

Num. 83. Acquisition des fruits par l'emphytéote (654).
Num. 84. *Interdictum de vi* du locataire. Hœpfner (655).
Num. 85. Possession des divers étages et de la superficie. Emmerich, Adolf Schmidt, Bœcking, Baron (655-660).
Num. 86. Faut-il recourir à une fiction pour expliquer la *possessio ad usucapionem* du débiteur sur gage? Lenz, Dernburg, Bruns, Sintenis, Bachofen (660-665).
Num. 87. Possession dérivée du séquestre. Pfeifer, Bruns, Muther (665).
Num. 88. *Accessio possessionis* du *rogatus* dans le *precarium*. Pfeifer, Bruns (666).
Num. 89. Interdit *utrubi* lorsque la chose donnée en gage fait l'objet d'un *precarium*. Peut-on expliquer la possession dérivée en admettant une cession des actions possessoires? Wollank. Faut-il admettre une possession corporelle dérivée dans le chef de l'usufruitier? Keller (667-669).
Num. 90. L. 33, § 6, *de usurp.* Rapport entre le bail et le *precarium* qui aurait la détention pour objet (669).
Num. 91. L. 1, §§ 19, 20, *de adquir. poss.* (669).
Num. 92. L. 37, § 6, *de adquir. rer. dom.* (669).
Num. 93. *Ignorantis possessio* dans le cas d'un mandat général. Unterholzner, Puchta, Schirmer, Bremer (670).
Num. 94. Comment les personnes juridiques acquièrent la possession. Warnkœnig (671).
Num. 95. L'acquisition de l'hérédité ne transfère la possession pas même au *suus heres*. Gaius, II, 52 et III, 201 (671).
Num. 96. Outre la mancipation, il faut tradition pour faire acquérir la possession (672).
Num. 97. L. 22, *de poss.* Bethmann-Hollweg (672).
Num. 98. L. 153, *de reg. jur.* Lenz, Baron (675).
Num. 99. Gellius, *Noct. Att.*, II, 12, § 4. Hugo (674).
Num. 100. L. 3, § 1, *de poss.* Kierulff et Lenz (674).
Num. 101. L. 153, *de reg. jur.* Analogie entre l'acquisition et la perte des droits. Lenz (675).
Num. 102. L. 153, *de reg. jur. Utrumque.* Hœpfner, Lenz (675).
Num. 103. Perte et réacquisition de la possession dans le cas de vol lorsque le voleur restitue secrètement la chose (676).
Num. 104. L. 3, § 13, *de poss.* Notion de la *custodia*. Lenz (676).
Num. 105. Fiction en vertu de laquelle la possession du *servus fugitivus* continue. Lenz (677).
Num. 106. Continuation de la possession des immeubles jusqu'à ce qu'on apprenne le fait de l'occupation par un tiers. Lenz, Witte, Bruns, Windscheid (677-679).
Num. 107. L. 7, *de poss.*, dans les Basiliques (679).
Num. 108. Explication de la L. 7, *de poss.* (679).
Num. 109. Divergence d'opinion des jurisconsultes romains sur la continuation de la possession *solo animo*. Lenz (680).
Num. 110. Peut-on perdre la possession des immeubles *solo animo*? Lenz. Par la seule absence du possesseur? Droit d'expulsion dans le cas d'absence

passagère? Cela peut-il se rattacher à la règle *prout quidque contractum est? Exceptio vitiosæ possessionis?* Baron (680-685).

Num. 111. La perte de la possession dans le cas de tradition n'a lieu que lorsque cette tradition se fait sous condition d'acquisition. Celsus, Ulpien, v. Scheurl, Lenz, Windscheid (685).

Num. 112. Explication de la L. 11, *de adquir. rer. dom.* sur l'aliénation de la possession par un pupille. Zielonacki (686).

Num. 113. Explication de la L. 37, § 1, *de usurp.* Lenz, Schirmer (687).

Num. 114. L. 3, § 18, *de poss.* Schirmer, Witte (688).

Num. 115. L. 3, § 18; L. 47, *de poss.* Y avait-il controverse entre les deux écoles? Schirmer (688).

Num. 116. L. 40, § 1, *de poss.* (688).

Num. 117. Gellius, *Noct. Att.*, XI, 17, § 13 (689).

Num. 118. L. 3, § 8, *de poss.* (689).

Num. 119. L. 3, § 9, *de poss.* (689).

Num. 120. L. 3, §§ 6, 7, 8, 9, *de poss.* Witte (689).

Num. 121. L. 12, C. *de poss.* Lœbenstern, Kierulff, Bruns, Keller (690).

Num. 122. L. 12, C. *de poss.* Vangerow, Sintenis, Witte (690).

Num. 123 et 124. Sources et auteurs sur les interdits (690).

Num. 125. La procédure des interdits n'était pas plus sommaire que celle des actions; il en est autrement de l'exécution. Procédure des interdits relativement aux *cetera ex interdicto*. Sont-ils prohibitoires ou restitutoires? L. 52, § 2, *de poss.* (691).

Num. 126. Ausone, Id., 11, 63 (692).

Num. 127. Ressemblance entre les interdits *adipiscendæ possessionis* et les interdits possessoires (692).

Num. 128. Signification spéciale de l'*interdictum possessorium* d'après Gaius.

Théorie romaine sur la preuve de la possession. Baron. Théorie nouvelle de Holzschuher (692-695).

Num. 129. Les interdits *retinendæ possessionis* se rattachent-ils aux *vindiciæ?* Witte, Adolf Schmidt, Pfeifer (695-697).

Num. 130. Le but des *interdicta retinendæ possessionis* est d'empêcher un *maleficium*. Adolf Schmidt (697).

Num. 131. Fiction pour le troisième cas d'application des interdits *retinendæ possessionis*, la régularisation du procès en revendication. Keller, Bruns, Adolf Schmidt, Bethmann-Hollweg (697-699).

Num. 132. Place qu'occupe dans l'Édit la préparation du *petitorium* (699).

Num. 133. Parallélisme des interdits *retinendæ possessionis* et de l'*actio negatoria*. L. 8, § 5, *si serv.* Bluhme, Witte (699).

Num. 134. L. 12, *comm. div.* Witte (700).

Num. 135. L. 11, *de vi.* Bruns (701).

Num. 136. Différence de l'*actio confessoria* et de l'*actio negatoria*, tant entre elles qu'entre ces deux actions d'une part et les actions en partage d'autre part (701).

Num. 137. Effets récupératoires des interdits *retinendæ possessionis*. Keller, Rudorff, Bruns, Schmidt, Windscheid, Arndts, Witte, Seuffert (701).

Num. 138. Écrits les plus récents sur l'interdit *uti possidetis*. Keller, Rudorff, Zielonacki, Pagenstecher, Witte (703).
Num. 139. Effets récupératoires des interdits *retinendæ possessionis* (703).
Num. 140. Les *vitia possessionis* sont-ils des exceptions qu'oppose le défendeur dans la procédure des interdits? Brackenhoeft, Sintenis (703).
Num. 141. L. 7, *de aqua quot*. Rudorff, Witte (704).
Num. 142. Extinction de l'interdit par prescription. *Judicium Cascellianum*. Rudorff, Schmidt, Witte, Huschke (704).
Num. 143. Première mention de l'interdit *utrubi* (705).
Num. 144. Gaius, IV, 152. Keller, Huschke (706).
Num. 145. Assimilation des interdits *uti possidetis* et *utrubi*, par Justinien (706).
Num. 146. Interdit *utrubi* à propos de la *lex Cincia*. *Fragm. Vat.*, §§ 293, 311. Warnkœnig (706).
Num. 147. Ausone, Id., 11, 63 (707).
Num. 148. Fiction par laquelle la possession de la *major anni pars* est considérée comme possession actuelle dans l'interdit *retinendæ possessionis utrubi*. Windscheid (707).
Num. 149. Sources et auteurs sur l'interdit *de vi* (708).
Num. 150. *Lex agraria*. Keller, sur l'interdit *de vi*, dans les *Semestria*, 273, et suiv. (708).
Num. 151. Possession qu'exigent les deux interdits *de vi*. Keller, Rudorff, Schmidt (708).
Num. 152. Action possessoire tendant à la restitution des choses mobilières. *Condictio possessionis ?* Bruns. *Momentariæ possessionis actio ?* Brinz (709).
Num. 153. L. 16, *de vi* (709).
Num. 154. *Formula in factum concepta in id quod ad eum pervenit. Fragm. Vat.*, § 312. Après l'expiration d'une année (710).
Num. 155. L'interdit *utrubi* ne suppose pas qu'il y ait eu emploi de violence : *vis*. Zielonacki (710).
Num. 156. Existence d'un interdit *de clandestina possessione?* Witte (710).
Num. 157. *Exceptio clandestinæ possessionis*. Bethmann-Hollweg (711).
Num. 158. *Interdictum de precario* contre le successeur à titre particulier du *rogans?* Bluhme (711).
Num. 159. Commencement de la prescription trentenaire dans l'interdit *de precario*. Thon, Savigny (712).
Num. 160. L. 11, C. *unde vi*. Witte (712).
Num. 161. Actions (*actiones*) destinées à protéger la possession (par opposition aux interdits). Base commune de ces actions. Leur différence d'avec la revendication et les interdits possessoires. Actions civiles relatives à la possession : *condictiones. Condictio incerti, triticaria, indebiti*, du *rogatus*, pour révoquer une donation entre époux dans le cas de soustraction frauduleuse d'une chose ou de violation d'un dépôt. — Actions révocatoires prétoriennes : *actio quod metus causa*. Exceptions spéciales contre ces actions relatives à la possession. *Exceptio vitiosæ possessionis* (?). Prescription de ces actions. Bruns (713-718).

Num. 162, 162 *a* et 162 *b*. *Juris quasi possessio*. Pfeifer.— L. 4, *uti poss.* Rudorff. — Interdit de l'usufruitier (719).

Num. 163. Nouveaux écrits sur les interdits en matière de servitudes réelles. *Si utifrui prohibitus esse dicetur*. L. 20, *de serv.* Pfeifer, Heerwart (720).

Num. 164. Interdits spéciaux pour les servitudes réelles, positives, de la première classe (721).

Num. 165. Inapplicabilité de l'interdit *uti possidetis* à ce genre de servitudes. Motif. Pfeifer (721).

Num. 166. L. 3, § 2, *de itin.* (722).

Num. 167. L. 6, § 1, *si servitus*. Puchta, Bethmann-Hollweg (722).

Num. 168. Adolf Schmidt, sur l'interdit *de cloacis* (723).

Num. 169. Exclusion spéciale de l'interdit *uti possidetis* à propos du *jus cloacæ* (723).

Num. 170. Applicabilité de l'interdit *uti possidetis* dans le cas de servitudes réelles positives de la seconde classe et de servitudes négatives. L. 3, §§ 5, 6, *uti poss.* Pfeifer, Zielonacki, Vangerow, Witte, Albert (723-725).

Num. 171. Auteurs sur la possession du droit de superficie : Rudorff, Emmerich (725).

Num. 172. *Interdictum utile uti possidetis eum fundum* VECTIGALEM (avec l'addition *id est emphyteuticum*, pour les distinguer des fonds provinciaux) pour protéger la *juris quasi possessio* de l'emphytéote. Zielonacki, Beauvois (725).

Num. 173. Place qu'occupait l'interdit du superficiaire dans l'Édit. Motif (726).

Num. 174. Applicabilité absolue de l'interdit *de superficiebus*, et applicabilité de l'*actio in rem* moyennant certaines conditions seulement (*causa cognita*) (726).

Num. 175. Combinaison de la *Gewere* du droit germanique et de la protection que le droit romain accorde à la propriété et à la possession. Delbrück, Bruns, Beseler (727).

Num. 176. Action possessoire du droit matrimonial. Cap. 14, X, *de rest. spol.* (728).

Num. 177. La quasi-possession des droits de famille n'est pas d'origine romaine (728).

Num. 178. *Actio spolii*. Bruns (729).

Num. 179. Dans le cas de servitudes positives dont l'exercice consiste en un fait propre et indépendant, la possession actuelle au moment du trouble ne suffit pas pour donner droit à protection : il faut une possession confirmée, soit par le laps de temps, soit par un exercice répété à diverses reprises. Bethmann-Hollweg, Heerwart (729).

Num. 180. Canon *Redintegranda*. Rosshirt (730).

Num. 181. *Actio spolii*, une extension de l'interdit *de vi* au tiers possesseur de mauvaise foi. Ludolff v. Hugo (730).

Num. 182. Déduction et extension du *possessorium summariissimum*. Paulus de Castro. Bruns (731).

Num. 183. Caractère de l'action prévue dans C. 9, X, *de probat.* Delbrück, Maassen, Bruns (731).

Observations finales (732-734).

TABLE DES SOURCES

AVEC RENVOI AUX PAGES OU ELLES SE TROUVENT CITÉES.

I. — *Sources antérieures à Justinien.*

CICERO, *pro Cœcina :*
C. 8 (410, 433).
C. 11 (611).
C. 12 (52, 510).
C. 13 (611).
C. 16 (329, 414).
C. 17 (417).
C. 19 (410).
C. 21 (410).
C. 22 (433).
C. 28 (410).
C. 29 (410).
C. 30 (417).
C. 31 (409, 411, 417).
C. 32 (270, 297, 409, 410, 411, 433).
— *pro Tullio* (407).
C. 13 (169).
C. 29 (416).
C. 30 (416).
C. 44 (413, 416, 433, 434).
C. 46 (416).
— *in Verrem :*
Act. 2, lib. 1, c. 45 (84).
lib. 3, c. 11 (87).
CICERO, *in Rullum*, III, 3 (442).
— *de oratore :*
Lib. 3, c. 31 (169).
— *de officiis :*
Lib. 3, c. 15 (318).
— *epistolæ ad familiares :*
Lib, 7, ep. 13 (433).
Lib. 15, ep. 16 (437).
GAII *institutiones :*
Lib. 1, § 1 (612).
— 1, § 52 (65).
— 2, § 7 (628).
— 2, § 35 (661).
— 2, § 38 (565).
— 2, § 39 (565).
— 2, § 51 (687).
— 2, §§ 52-61 (60, 671).
— 2, § 55 (431, 590).
— 2, § 56 (431, 590).
— 2, § 59 (278).
— 2, § 60 (452, 594, 609).
— 2, § 61 (632).
— 2, § 90 (293, 664).
— 2, § 94 (293, 664).
— 2, § 95 (298).

GAII *institutiones* :
Lib. 2, § 98 (722).
— 2, § 195 (671).
— 2, § 204 (672).
— 3, §§ 18-25 (390).
— 3, §§ 107-109 (647).
— 3, § 201 (648, 671).
— 4, § 4 (685, 715).
— 4, § 16 (409).
— 4, § 17 339).
— 4, § 54 (650).
— 4, § 89 (339, 696).
— 4, § 91 (409, 339).
— 4, § 94 (409).
— 4, § 115 (702).
— 4, § 118 (727).
— 4, § 119 (433).
— 4, § 136 (714).
— 4, § 137 (714).
— 4, §§ 138 et s. (361).
— 4, § 139 (174, 365).
— 4, § 141 (364).
— 4, § 142 (370).
— 4, § 143 (369, 370).
— 4, § 145 (371, 692).
— 4, § 146 (371).
— 4, § 148 (403, 696).
— 4, § 149 (398).
— 4, § 150 (398, 403, 407, 422, 679).
— 4, § 151 (398, 441, 564, 602, 661, 665).
— 4, § 152 (398, 403, 665).
— 4, § 153 (680).
— 4, § 154 (407, 434).
— 4, § 155 (407, 434).
— 4, § 160 (590).
— 4, § 161 (696).
— 4, § 163 (626).
— 4, § 164 (626).
— 4, § 165 (691).
— 4, § 165*a* (696).
— 4, § 166 (666, 679, 705).
— 4, § 167 (366, 694).
— 4, § 168 (694).
— 4, § 169 (705).
— 4, § 170 (685, 691).

ULPIANI *fragmenta* :
Tit. 11, § 27 (686).
— 19, § 1 (468).
— 19, § 3 (260).
— 19, § 6 (309).
— 19, § 7 (52, 260).
— 19, § 11 (461, 468, 480).
— 19, § 20 (91).
— 19, § 21 (91, 106).
— 25, § 12 (365).
— 28, § 12 (181).

PAULI *sententiæ receptæ* :
Lib. 1, tit. 11, § 1 (339).
— 1, — 13*a*, § 8 (339).
— 2, — 1, § 5 (363, 691).
— 2, — 13, § 2 (664).
— 2, — 31, § 37 (641).
— 3, — 5, § 18 (368).
— 5, — 2, § 1 (187, 291).
— 5, — 2, § 2 (295, 299).
— 5, — 6, § 1 (39[a], 403, 406).
— 5, — 6, § 1, *Int. Goth.* (377 403,406).
— 5, — 6, § 4 (350).
— 5, — 6, § 5 (404, 419).
— 5, — 6, § 6 (328, 331).
— 5, — 6, § 7 (433, 564).
— 5, — 6, § 7, *Int. Goth.* (452).
— 5, — 6, § 8 (430, 431).
— 5, — 6, § 9 (478).
— 5, — 6, §§ 10, 11, 12 (446, 447, 448).
— 5, — 10, § 2 (339).
— 5, — 11, § 1 (634).
— 5, — 11, § 2 (636, 693, 700).

Fragmenta vaticana :
§ 1 (365, 686).
§§ 90-93 (145, 464, 559, 692, 720).
§ 111 (645).
§ 254 (634).
§ 283 (649).
§ 293 (399, 636, 707).
§ 297 (204).
§ 310 (636, 693).
§ 311 (399, 636, 672, 693, 707).
§ 312 (399, 710).
§ 314 (204).

CODEX GREGORIANUS :
Const. 1, lib. 3, tit. 4 (21).
CODEX HERMOGENIANUS :
Tit. 2 (27).
CODEX THEODOSIANUS :
Lib. 2, tit. 1, *de jurisd.*
L. 8 (454).
Lib. 2, tit. 16, *fin. reg.*
L. 1 (454).
L. 2 (424).
Lib. 4, tit. 22, *unde vi.*
L. 1 (437).
CODEX THEODOSIANUS :
L. 3 (423, 424).
Lib. 4, tit. 23, *utrubi* (397).
Lib. 8, tit. 12, *de donat.*
L. 2 (312, 301).
L. 4 (204).
L. 8, 9 (305).
Lib. 8, tit. 18, *de matern. bon.*
L. 2 (21).
L. 8 (319).
NOV. THEOD. (VALENT.), tit. 19 (423).

II. — *Législation de Justinien.*

A. INSTITUTES.
Lib. 1, tit. 8, *de his qui sui.*
§ 1 (65).
Lib. 1, tit. 21, *de auctor. tut.*
pr. (647).
Lib. 2, tit. 1, *de rer. divis.*
§ 13 (205, 638).
§ 14 (328).
§ 15 (328).
§ 29 (251, 653, 654).
§ 35 (20, 261).
§ 44 (227).
§ 45 (207).
Lib. 2, tit. 3, *de serv. præd.*
§ 4 (461, 480).
Lib. 2, tit. 4, *de usufr.*
§ 1 (461).
Lib. 2, tit. 6, *de usucap.*
§ 7 (344).
Lib. 2, tit. 9, *per quas pers.*
pr. (188).
§ 4 (104, 106, 270)
§ 5 (10, 188, 295, 298, 299).
Lib. 3, tit. 20, *de inutil. stipul.*
§ 10 (232, 233, 647).
Lib. 3, tit. 21, *de fidejussor.*
§ 8 (636).
Lib. 3, tit. 25 *de locat.*
§ 3 (96).
Lib. 3, tit. 30, *quib. mod. toll. obl.*
§ 2 (68).
INSTITUTES.
Lib. 4, tit. 1, *de obl. quæ ex del.*
§ 15 (432).
Lib. 4, tit. 2, *vi bon. rapt.*
§ 1 (420, 423).
§ 2 (420).
Lib. 4, tit. 6, *de action.*
§ 2 (86, 560).
§ 14 (715).
Lib. 4, tit. 11, *de satisdat.*
§ 2 (359).
Lib. 4, tit. 15, *de interd.*
§ 1 (370).
§ 2 (369, 370).
§ 4 (12, 20, 69, 78, 378, 396, 399, 406, 696).
§ 5 (69, 680).
§ 6 (69, 72, 423, 434).
§ 7 (389).
§ 8 (366).
THEOPHILUS.
In § 40, I. *de rer. div.* (93).
In § 4, I. *per quas pers.* (89).
In § 2, I. *quib. mod. toll. obl.* (89).
In pr. I. *de interd.* (364).
In § 4, I. *de interd.* (403).
In § 5, I. *de interd.* (121).
B. PANDECTES.
Lib. 1, tit, 1, *de just. et jure.*
L. 1, § 4 (611),
— 3 (33, 611).

PANDECTES.
Lib. 1, tit. 2, *de orig. juris.*
L. 2, § 5 (50).
— 2, § 12 (50).
Lib. 1, tit. 6, *de his qui sui.*
L. 1 (65).
Lib. 1, tit. 7, *de adoptionibus.*
L. 13 (35).
Lib. 1, tit. 9, *de senatoribus.*
L. 1, § 1 (728).
Lib. 2, tit. 4, *de in jus vocando.*
L. 18 (637).
Lib. 2, tit. 8, *qui satisdare cog.*
L. 11 (161).
— 12 (161).
— 15, § 1 (83, 96).
— 15, § 2 (281, 306, 626).
Lib. 2, tit. 14, *de pactis.*
L. 27, § 4 (27, 40, 438).
Lib. 3, tit. 3, *de procuratoribus.*
L. 8, pr. (628).
Lib. 3, tit. 5, *de neg. gest.*
L. 24 (299).
Lib. 4, tit. 2, *quod met. causa.*
L. 1 (415, 555).
— 2 (415).
— 3, § 1 (414).
— 9, pr. (329, 330, 418, 717).
— 12, § 2 (423).
— 13 (423).
— 14, § 1 (718).
— 14, § 2 (718).
— 14, § 11 (431).
— 21, § 2 (362, 718).
Lib. 4, tit. 3, *de dolo.*
L. 15, § 1 (671).
— 15, § 3 (26).
— 31 (354, 688).
Lib. 4, tit 4, *de minoribus.*
L. 50 (253).
Lib. 4, tit. 9, *ex quibus causis majores.*
L. 19 (22, 107).
— 23, § 2 (174, 714).
— 23, § 3 (294, 564).
— 30, pr. (309, 564, 565, 671).

PANDECTES.
Lib. 4, tit. 7, *de alien. jud. mut.*
L. 4, § 1 (340).
— 4, § 2 (340, 565).
Lib. 4, tit. 8, *de recept. qui arbitr.*
L. 13 (691).
— 32, § 12 (691).
Lib. 5, tit. 1, *de judiciis.*
L. 13 (391).
— 62 (86).
Lib. 5, tit. 3, *de hered. pet.*
L. 5 (359).
— 9 (85).
— 13, § 1 (387, 388).
— 13, § 15 (392).
— 16 (392).
— 16, § 4 (85).
— 16, § 7 (85).
— 18, § 1 (85).
— 34, § 1 (85).
— 35 (85).
Lib. 4, tit. 5, *si pars hered.*
L. 8 (359).
— 10 (85, 390, 392).
Lib. 6, tit. 1, *de rei vind.*
L. 1, § 3 (650).
— 3, pr. (650).
— 8 (243).
— 9 (13, 48, 70, 78, 136, 596).
— 23, § 2 (252).
— 23, § 4 (654).
— 23, § 5 (252).
— 23, § 6 (251).
— 23, § 7 (251, 653).
— 24 (378).
— 36, pr. (696).
— 46 (226).
— 47 (226).
— 49, pr. (246).
— 59 (251).
— 73 (275, 659).
— 73, § 1 (659, 726).
— 75 (275, 659, 726).
— 76, § 1 (650).
— 77 (195, 305, 695).
— 80 (359).

PANDECTES.
Lib. 6, tit. 2, *de publiciana.*
L. 7, § 17 (633).
— 11, § 1 (44, 468, 480).
— 11, § 3 (263).
— 11, § 4 (263).
— 11, § 6 (249).
— 12, §§ 2, 3 (44).
— 13, § 1 (80, 664).
— 15 (292).
Lib. 6, tit. 3, *si ager vectig.*
Rubrica (96).
L. 1, pr. (95).
— 1, § 1 (95).
— 3 (95).
Lib. 7, tit. 1, *de usufructu.*
L. 3, pr. (461).
— 12 (715).
— 12, § 2 (463, 466).
— 12, §§ 3, 4 (462).
— 13, § 3 (510, 731).
— 60, pr. (465, 466).
— 60, § 1 (359).
Lib. 7, tit. 4, *quib. mod. ususfr.*
L. 1, pr. (181, 720).
— 4 (181).
— 13 (259, 261).
— 29, pr. (464).
— 29, § 2 (181).
Lib. 7, tit. 6, *si ususfr. pet.*
L. 3 (181).
— 5, § 6 (560).
Lib. 8, tit. 1, *de servitutibus.*
L. 20 (374, 468, 470, 658).
— 20, § 1 (565).
Lib. 8, tit. 2, *de serv. præd. urb.*
L. 5 (386).
— 6 (725).
— 20, pr. (479).
— 20, § 2 (246).
— 32, § 1 (173).
Lib. 8, tit. 3, *de serv. præd. rust.*
L. 1, § 2 (468).
— 6, § 1 (658).
Lib. 8, tit. 4, *commun. præd.*
L. 2 174)

PANDECTES.
Lib. 8, tit. 4, *commun. præd.*
L. 17 (246).
Lib. 8, tit. 5, *si serv. vind.*
L. 2, § 3 (488, 574).
— 6, pr. (560).
— 6, § 1 (481, 559).
— 8, § 3 (723).
— 8, § 5 (387, 483, 699).
— 10, pr. (174).
— 14, § 1 (386).
— 17, pr. (386).
Lib. 8, tit. 6, *quemadm. serv. am.*
L. 12 (484).
— 25 (468).
Lib. 9, tit. 2, *ad leg. Aquil.*
L. 11, § 6 (428).
— 11, § 10 (428).
— 13, pr. (642).
— 28, § 1 (420).
— 45, § 4 (611).
— 50 (246).
Lib. 9, tit. 4, *de noxal. act.*
L. 22, § 1 (80).
Lib. 10, tit. 1, *fin. regund.*
L. 10 (390).
Lib. 10, tit. 3, *comm. divid.*
L. 2, § 1 (391).
— 7, § 5 (437, 442, 685, 731).
— 7, § 8 (81).
— 12 (387, 700).
Lib. 10, tit. 4, *ad exhibendum.*
L. 1 (595).
— 2 (595).
— 3, § 5 (400).
— 3, § 9 (401, 420).
— 3, § 10 (401, 420).
— 3, § 11 (401, 420).
— 3, § 12 (400).
— 3, § 14 (401).
— 3, § 15 (54, 57, 66, 70, 75, 281, 586, 615).
— 4 (55).
— 5 (55).
— 5, pr. (586).
— 5, § 1 (270, 401, 586).

PANDECTES.
Lib. 10, tit. 4, *ad exibendum.*
L. 5, § 2 (586).
— 5, § 6 (596).
— 6 (252).
— 7, § 1 (66, 253, 596, 654).
— 7, § 2 (66, 596).
— 7, § 3 (301, 595).
— 9, § 6 (595).
— 15 (213, 217, 387).
Lib. 11, tit. 7, *de religios.*
L. 2, § 2 (600).
Lib. 11, tit. 8, *de mortuo infer.*
L. 1, pr. (600).
— 1, § 5 (600).
Lib. 12, tit. 1, *de reb. cred.*
L. 9, § 9 (227, 284).
— 10 (227).
— 11, pr. (226).
— 15 (226).
— 41 (598).
Lib. 12, tit. 2, *de jurejur.*
L. 34, § 6 (694).
Lib. 12, tit. 5, *de condict. ob turp. caus.*
L. 6 (716).
Lib. 12, tit. 6, *de condict. indebiti.*
L. 15, § 1 (715).
Lib. 13, tit. 3, *de condict. tritic.*
L. 1, pr. (97).
— 1, § 1 (715, 717).
— 2 (685, 715, 717).
Lib. 13, tit. 4, *de eo quod certo loco.*
L. 2, pr. (318).
Lib. 13, tit. 6, *commodati.*
L. 1, § 1 (450).
— 5, § 15 (158).
— 8 (266).
Lib. 13, tit. 7, *de pign. act.*
L. 11, § 6 (298, 301).
— 21 (246, 247).
— 26, pr. (277).
— 29 (282, 287).
— 35, § 1 (24, 101, 281).
— 37 (24, 268, 281, 661, 669).

PANDECTES.
Lib. 13, tit. 7, *de pign. act.*
L. 40, § 2 (68).
Lib. 16, tit. 3, *depositi.*
L. 13, § 1 (717).
— 15 (24).
— 17, § 1 (285, 666).
Lib. 17, tit. 1, *mandati.*
L. 34, pr. (226).
Lib. 17, tit. 2, *pro socio.*
L. 1, § 1 (306).
— 2 (306).
Lib. 18, tit. 1, *de contrah. empt.*
L. 34, § 4 (24, 602).
— 63, § 1 (632).
— 74 (208, 636).
— 78, § 1 (633).
Lib. 18, tit. 4, *de hér. v. act. vend.*
L. 5 (317).
Lib. 18, tit. 6, *de peric. et comm. rei. vend.*
L. 1, § 2 (202, 207, 304).
— 14, § 1 (202, 207).
Lib. 19, tit. 1, *de act. empti.*
L. 2, § 1 (170).
— 11, § 13 (399, 602).
Lib. 19, tit. 2, *locati.*
L. 4 (564).
— 25, § 5 (388).
— 60, § 1 (348).
Lib. 19, tit. 5, *de præscr. verbis.*
L. 17, pr. (450).
Lib. 20, tit. 1, *de pignor.*
L. 10 (664).
— 23, pr. (284).
Lib. 20, tit. 6, *quib. mod. pign.*
L. 6, pr. (604).
— 12, § 1 (97).
Lib. 21, tit. 2, *de evict.*
L. 36 (254, 653).
— 62, pr. (227).
Lib. 21, tit. 3, *de exc. rei vend. et trad.*
L. 1, § 5 (633).
Lib. 22, tit. 1, *de usur.*
L. 25, § 1 (97, 259, 261, 264).
— 25, § 2 (263).

PANDECTES.
Lib. 22, tit. 1, *de usur.*
L. 38, § 10 (49, 69).
Lib. 22, tit. 3, *de probationibus.*
L. 21 (13).
Lib. 22, tit. 6, *de jur. et facti ign.*
L. 7 (343, 715).
Lib. 23, tit. 3, *de jur. dot.*
L. 9, § 3 (209).
Lib. 23, tit. 5, *de fundo dot.*
L. 16 (253).
Lib. 24, tit. 1, *de don. int. v. et ux.*
L. 3, § 12 (205).
— 6 (587, 716).
— 26, pr. (56, 58, 131).
— 46 (59, 398, 587, 588, 602).
Lib. 25, tit. 4, *de inspic. ventre.*
L. 1, § 1 (365).
Lib. 25, tit. 5, *si ventris nom.*
L. 1, § 2 (365).
Lib. 26, tit. 1, *de tutelis.*
L. 16, § 1 (365).
Lib. 26, tit. 7, *de admin. tut.*
L. 1, § 2 (233, 647).
Lib. 26, tit. 8, *de auct. et const. tut.*
L. 9, pr. (232).
Lib. 27, tit. 9, *de reb. eor. qui sub tut.*
L. 3, § 4 (95, 97).
— 3, § 5 (95).
Lib. 28, tit. 1, *qui test. fac. poss.*
L. 22 (86).
Lib. 30, *de legatis* I.
L. 44, § 5 (635).
— 65, § 1 (364).
— 71, § 5 (97).
— 71, § 6 (97).
— 81, § 3 (660).
— 86, § 4 (658).
Lib. 31, *de legatis* II.
L. 16 (319).
Lib. 32, *de legatis* III.
L. 39 (635).
— 67 (331).
Lib. 33, tit. 2, *de usu et usufr. leg.*
L. 29 (181).

PANDECTES.
Lib. 35, tit. 2, *ad leg. Falcid*
L. 46 (691).
Lib. 36, tit. 1, *ad. S. C. Trebell.*
L. 67, § 1 (371).
— 67, § 2 (371).
Lib. 36, tit. 4, *ut in poss. leg.*
L. 5, § 27 (365).
Lib. 37, tit. 1, *de bon. poss.*
L. 1 (86).
— 3 (86).
— 3, § 1 (181).
— 5 (86).
Lib. 37, tit. 3, *de bon. poss. furioso.*
L. 2 (86).
Lib. 37, tit. 5, *de b. p. contra tab.*
L. 1 (86).
— 3 (86).
Lib. 37, tit 10, *de Carbon. edicto*
L. 6, § 6 (559).
Lib. 37, tit. 11, *de b. p. sec. tab.*
L. 1 (86).
Lib. 37, tit. 15, *de obsequiis.*
L. 2, § 1 (410).
— 7, § 2 (410).
Lib. 38, tit. 6, *si tab. test. null.*
L. 6 (86).
Lib. 38, tit 10, *de gradibus.*
L. 4, § 2 (30).
— 10, § 13 (318).
Lib. 39, tit. 1, *de op. novi nunt.*
L. 3, § 1 (363).
— 3, § 2 (363).
— 5, § 10 (363, 559, 700, 724).
— 15 (480, 560).
Lib. 39, tit. 2, *de damno inf.*
L. 7, pr. (67, 181, 268).
— 15, § 12 (247, 638).
— 15, § 16 (181, 268).
— 15, § 17 (181, 268).
— 18, § 15 (181, 268, 598, 599).
— 18, § 25 (633).
— 35 à 37 (700).
— 38 (228).
— 45 (480, 560, 661, 700).

PANDECTES.
Lib. 39, tit. 5, *de donat.*
L. 2, § 5 (228).
— 13 (290).
— 27 (465, 720).
— 31, § 1 (201, 205).
Lib. 40, tit. 12, *de lib. causa.*
L. 5 (374).
— 25, § 2 (292, 641, 642, 677).
Lib. 41, tit. 1, *de adquir. rer. dom.*
L. 3, § 2 (327).
— 4 (328).
— 5, pr. (327).
— 5, § 1 (205).
— 5, § 4 (328).
— 5, § 5 (328).
— 7, § 11 (251, 637, 655).
— 9, § 5 (227).
— 9, § 6 (207).
— 10, § 1 (65).
— 10, § 5 (270).
— 14 (49, 340, 398, 563).
— 13, pr. (297).
— 13, § 1 (301).
— 19, (106).
— 20, § 2 (10, 295).
— 21, pr. (292, 293).
— 21, § 1 (226).
— 23, § 1 (263).
— 23, § 2 (106).
— 31, § 1 (211, 217).
— 37 (664).
— 37, § 6 (290).
— 48, pr. (261, 263).
— 48, § 1 (263).
— 53 (22, 295, 298, 618, 686).
— 54, § 4 (106, 292, 641).
— 55 (205, 644).
— 59 (290).
Lib. 41, tit. 2, *de adquir. poss.*
L. 1, pr. (77, 118, 551).
— 1, § 1 (49).
— 1, § 3 (22, 231, 232, 245, 598, 646, 647).
— 1, § 4 (57, 58, 79, 131, 565, 587, 602, 613).

PANDECTES.
Lib. 41, tit. 2, *de adquir. poss.*
L. 1 §, 5 (291, 294).
— 1, § 6 (104, 292, 293, 296, 564).
— 1, § 8 (270, 293).
— 1, § 9 (289).
— 1, §§ 9 à 13 (333, 608).
— 1, § 10 (289).
— 1, § 11 (232, 646).
— 1, § 14 (292, 608, 641).
— 1, § 15 (48, 282, 292, 296, 557, 664).
— 1, § 19 (289).
— 1, § 20 (239, 301, 333, 365, 598, 670).
— 1, § 21 (194, 200, 202, 205, 207, 233).
— 1, § 22 (301, 628).
— 2 (301).
— 2, pr. (449).
— 3, pr. (172, 721).
— 3, § 1 (88, 187, 196, 202, 565, 598, 675).
— 3, § 2 (245).
— 3, § 3 (49, 68, 210, 214, 222, 225, 250, 598, 644, 681).
— 3, § 5 (81, 156, 678).
— 3, § 6 (314, 316, 339, 356, 681).
— 3, § 7 (335, 356 et s.).
— 3, § 8 (335, 354, 356, 447).
— 3, § 9 (356, 447).
— 3, § 10 (292, 608, 642, 677).
— 3, § 11 (331, 644).
— 3, § 12 (291, 294, 598).
— 3, § 13 (69, 314, 316, 323, 325, 326, 641).
— 3, § 14 (327).
— 3, § 15 (327, 328, 644).
— 3, § 16 (328).
— 3, § 17 (104).
— 3, § 18 (351, 594).
— 3, § 19 (62, 591).
— 3, § 20 (62, 266, 284, 591).
— 3, § 21 (73).

PANDECTES.
Lib. 41, tit. 2, *de adquir. poss.*
L. 3, § 23 (81, 181, 268, 269. 562, 642).
— 4 (294).
— 4, § 18 (421).
— 6, pr. (161, 439).
— 6, § 1 (161, 335, 336, 419, 682, 687).
— 7 (335, 336).
— 8 (187, 315, 598).
— 8, §§ 3, 5, 6 (449).
— 9 (266, 347).
— 10 (267).
— 10, pr. (286, 669).
— 10, § 1 (67, 135, 268, 286, 622, 669).
— 12, pr. (174, 270).
— 12, § 1 (32, 343, 380).
— 13 (165, 398, 602).
— 13, pr. 324, 327, 677).
— 13, § 4 (564).
— 13, § 7 (164, 286, 623, 624).
— 13, § 9 (165, 626).
— 13, § 13 (623, 662).
— 15 (324, 327, 347, 642).
— 16 (58, 59).
— 17, pr. (160, 624, 627).
— 17, § 1 (165, 314, 339, 357, 604, 660).
— 18, pr. (88, 303, 590, 591).
— 18, § 1 (231, 685).
— 18, § 2 (91, 196, 209).
— 18, § 3 (335, 598).
— 18, § 4 (335).
— 19, § 1 (62).
— 20 (349).
— 21, pr. (563).
— 21, § 3 (356).
— 22 (310, 665).
— 23, pr. 308, 564).
— 23, § 1 (107).
— 23, § 2 (104).
— 24 (54, 64, 68, 106, 294, 324).
— 25, pr. (325).
— 25, § 1, (266, 354).

PANDECTES.
Lib. 41, tit. 2, *de adquir. poss.*
L. 25, § 2 (336, 679).
— 26 (244, 245).
— 27 (340, 341, 678, 684).
— 28 (24, 281).
— 29 (314, 340, 714).
— 30 (238).
— 30 pr. (210, 651, 653, 654).
— 30, § 1 (105).
— 30, § 2 (269).
— 30, § 3 (104, 105, 106, 323, 324).
— 30, § 4 (104, 252, 324, 339).
— 30, § 5 (296, 564, 565, 595, 643, 684).
— 30, § 6 (347).
— 31 (354).
— 32, pr. (296).
— 32, § 1 (356).
— 32, § 2 (232, 234, 238, 239, 598).
— 33 (563, 633).
— 34, pr. (339, 563, 565, 588).
— 34, § 2 (296).
— 35 (378, 696).
— 36 (280, 282, 287, 606).
— 37 (24, 281).
— 38, pr. (104).
— 38, § 1 (228).
— 39 (285, 642).
— 40, pr. (281, 347).
— 40, § 1 (354, 355).
— 40, § 2 (439, 440).
— 40, § 3 (439).
— 42 § 1 (300, 670).
— 44 (574).
— 44, pr. (21, 213, 217, 222, 325, 643).
— 44, § 1 (294, 681).
— 44, § 2 (315, 354, 355, 677, 681).
— 46 (334, 675).
— 46, § 2 (678).
— 47 (325, 351, 642, 677).
— 48 (304).

PANDECTES.
Lib. 41, tit. 2, *de adquir. poss.*
L. 49, pr. (23, 293).
— 49, § 1 (23, 68, 105).
— 49, § 2 (299).
— 50, pr. (294, 664).
— 50, § 1 (292).
— 51 (201, 289, 297, 641, 642).
— 52, pr. (32, 145, 271).
— 52, § 1 (387).
— 52, § 2 (198, 691).
— 53 (396, 678, 695, 702).
Lib. 41, tit. 3, *de usurp. et usuc.*
L. 4, § 1 (105).
— 4, § 2 (646).
— 4, § 6 (299).
— 4, § 8 (672).
— 4, § 12 (310).
— 4, § 19 (360).
— 4, § 22 (329).
— 4, § 26 (310).
— 4, § 27 (172, 173, 469, 659).
— 4, § 28 (411).
— 5 (72, 161).
— 15, pr. (107, 294, 364).
— 15, § 1 (327, 642).
— 16 (48, 56, 281, 282, 357, 595, 622, 661, 662, 665).
— 21 (24).
— 23, pr. (246, 250, 633).
— 23, § 1 (253).
— 23, § 2 (250, 621, 623, 653, 654, 665).
— 25 (72, 247).
— 26 (247).
— 30 (651).
— 30, § 1 (252, 253, 654).
— 30, § 2 (590, 650).
— 31, § 2 (296).
— 31, § 3 (294).
— 31, § 5 (364).
— 32, § 2 (245).
— 33, pr. (263).
— 33, § 1 (60, 62, 591, 593).
— 33, § 2 (329).
— 33, § 4 (284, 355, 663).

PANDECTES.
Lib. 41, tit. 3, *de usurp. et usuc.*
L. 33, § 5 (277, 282).
— 33, § 6 (287, 347).
— 37, § 1 (344).
— 41 (297, 299).
— 44, § 3 (565, 663).
— 44, § 4 (105).
— 44, § 7 (105, 294, 564).
— 45, § 1 (645).
— 47 (294, 299).
Lib. 41, tit. 4, *pro emptore.*
L. 2, § 2 (645).
— 2, § 6 (249).
— 2, § 15 (341).
— 2, § 16 (341).
— 2, § 21 (62).
— 7, pr. (354).
— 12 (277).
Lib. 41, tit. 5, *pro herede.*
L. 2, § 1 (49, 62, 78, 592).
— 2, § 2 (49, 623).
Lib. 41, tit. 6, *pro donato.*
L. 1, § 2 (58, 59, 62, 79, 591).
Lib. 41, tit. 10, *pro suo.*
L. 4, pr. (440).
Lib. 42, tit 2, *de confessis.*
L. 6, § 2 (364).
Lib. 42, tit. 4, *quib. ex caus. in poss.*
L. 7, § 1 (269).
— 12 (269).
Lib. 42, tit. 8, *quæ in fraud. cred.*
L. 10, pr. (371).
Lib. 43, tit. 1, *de interd.*
L. 1, § 3 (26).
— 2, pr. (389).
— 2, § 2 (477).
— 2, § 3 (369, 370, 473).
— 4 (397).
Lib. 43, tit. 2, *quorum bonorum.*
L. 2 (692, 714).
Lib. 43, tit. 3, *quod legat.*
L. 1, § 4 (692).
— 1, § 8 (173, 692).
— 1, § 9 (692).

PANDECTES.
Lib. 43, tit. 4, *ne vis fiat ei.*
L. 1, § 3 (8).
— 3, pr. (365).
— 4, §§ 2-4 (633).
Lib. 43, tit. 5. *de tab. exhib.*
L. 1, pr. (623).
— 1, § 1 (365).
— 3, § 4 (623).
— 4 (623).
— 5 (310).
Lib. 43, tit. 8, *ne quid in loco publ.*
L. 2, § 38 (21, 374).
Lib. 43, tit. 9, *de loco publ. fruendo.*
L. 1, pr. (639).
— 1, § 3 (639).
Lib. 43, tit. 14, *ut in flum. publ.*
L. 1, § 7 (485).
Lib. 43, tit. 16, *de vi.*
Rubr. tit. (407, 705).
L. 1 (410).
— 1, pr. (430, 435, 436).
— 1, § 3 (414, 419).
— 1, § 4 (419, 659).
— 1, § 5 (419, 486, 658).
— 1, § 6 (404, 419).
— 1, §§ 7, 8 (419).
— 1, § 9 (49, 57, 70, 75, 130, 136, 143, 394, 411, 613, 615).
— 1, § 10 (57, 70, 71, 75, 411, 613).
— 1, § 11 (416).
— 1, § 12 (416).
— 1, § 13 (416).
— 1, § 14 (27, 416).
— 1, § 15 (27, 416).
— 1, § 16 (416).
— 1, § 17 (416).
— 1, § 18 (416).
— 1, § 19 (416).
— 1, § 20 (417).
— 1, § 21 (416).
— 1, § 22 (266, 353, 509, 588).
— 1, § 23 (69, 136, 143, 411).
— 1, § 24 (331, 683).

PANDECTES.
Lib. 43, tit. 16, *de vi.*
— 1, § 25 (331, 345).
— 1, § 27 (419, 561, 611).
— 1, § 28 (419, 561).
— 1, § 29 (330, 414, 733).
— 1, § 30 (435).
— 1, § 31 (430).
— 1, § 32 (430).
— 1, § 33 (430).
— 1, § 34 (430).
— 1, § 35 (431).
— 1, § 36 (429).
— 1, § 37 (430).
— 1, § 38 (430).
— 1, § 39 (436).
— 1, § 40 (430).
— 1, § 41 (430).
— 1, § 42 (429).
— 1, § 43 (410).
— 1, § 44 (566).
— 1, § 45 (139, 346, 417, 709).
— 1, § 47 (328).
— 1, § 48 (416).
— 2 (416).
— 3, pr. (27, 410, 416).
— 3, § 1 (437).
— 3, § 6 (329).
— 3, § 7 (330).
— 3, § 8 (331).
— 3, § 9 (418).
— 3, § 10 (416).
— 3, § 11 (416).
— 3, § 12 (416).
— 3, § 13 (465, 720).
— 3, § 14 (465, 720).
— 3, § 15 (465, 720).
— 3, § 16 (465).
— 3, § 17 (146, 174, 466, 669).
— 4 (416).
— 5 (418, 717).
— 6 (429).
— 9, pr. (416).
— 9, § 1 (466).
— 10 (466).
— 11 (387, 555).

PANDECTES.
Lib. 43, tit. 1, *de vi.*
L. 12 (60, 266, 350).
— 14 (436).
— 15 (429).
— 16 (417, 429).
— 17 (15, 334, 418, 436, 683).
— 18, pr. (60, 266, 436, 684).
— 19 (27, 430).
— 20 (309, 588).
Lib. 43, tit. 17, *uti possidetis.*
L. 1, pr. (27, 160, 386, 393, 396, 397, 441, 484).
— 1, § 2 (378).
— 1, § 3 (320, 378).
— 1, § 4 (136, 159, 369, 394).
— 1, § 5 (391, 396, 705).
— 1, § 7 (650).
— 1, § 9 (69, 72, 82, 396, 695, 702).
— 2 (69, 72, 82, 396, 406, 695, 702).
— 3, pr. (160, 162, 391, 396, 441, 694, 702).
— 3, § 1 (389).
— 3, § 2 (387).
— 3, § 3 (387).
— 3, § 4 (387, 724).
— 3, § 5 (702, 724).
— 3, § 6 (723, 724).
— 3, § 7 (147, 273, 486, 598, 656, 658, 663).
— 3, § 8 (8, 69, 70, 136, 145, 268).
— 3, § 10 (396, 503).
— 3, § 11 (396, 562, 678, 695).
— 4 (146, 465).
Lib. 43, tit. 18, *de superfic.*
L. 1, pr. (486, 693).
— 1, § 1 (609).
— 1, § 2 (486, 658, 659, 693).
— 1, § 6 (659).
— 1, § 9 (488, 489).
— 2 (94, 246).
Lib. 43, tit. 19, *de itinere.*
L. 1, pr. (474).

PANDECTES.
Lib. 43, tit. 19, *de itinere.*
L. 1, § 2 (473).
— 1, § 3 (473).
— 1, § 6 (468, 472).
— 1, § 7 (469, 472).
— 1, § 8 (472).
— 1, § 9 (473).
— 1, § 11 (472, 625).
— 1, § 12 (474).
— 2 (474).
— 3, pr. (474).
— 3, § 1 (474).
— 3, § 2 (475).
— 3, § 3 (474).
— 3, § 4 (469, 472).
— 3, § 5 (474, 488).
— 3, § 6 (473, 722).
— 3, § 7 (473, 722).
— 3, § 8 (473, 488, 722).
— 3, § 9 (473, 722).
— 3, § 10 (473, 602, 722).
— 3, § 11 (476, 477).
— 3, § 13 (477).
— 3, § 14 (477).
— 5, § 4 (476).
— 6 (473, 474, 722).
— 7 (174, 468, 472).
Lib. 43, tit. 20, *de aqua.*
L. 1, pr. (478).
— 1, § 10 (478).
— 1, § 11 (478).
— 1, § 12 (478).
— 1, § 13 (478).
— 1, § 14 (478).
— 1, § 19 (478).
— 1, § 20 (478).
— 1, § 23 (478).
— 1, § 24 (478).
— 1, § 25 (478).
— 1, § 26 (478, 696).
— 1, § 27 (478).
— 1, § 29 (566).
— 1, §§ 31-36 (478).
— 1, § 36 (566).
— 1, § 37 (602, 722).

PANDECTES.
Lib. 43, tit. 20, *de aqua.*
L. 3, pr. (478).
— 4 (478).
— 7 (560, 704).
Lib. 43, tit. 21, *de rivis.*
L. 1, § 9 (479).
— 3, § 7 (479).
— 3, § 9 (479).
— 4 (479).
Lib. 43, tit. 22, *de fonte.*
L. 1, § 3 (566).
Lib. 43, tit. 23, *de cloacis.*
Rubr. tit. (484).
L. 1, § 4 (723).
— 1, § 6 (723).
— 1, § 7 (433, 484).
Lib. 43, tit. 24 *quod vi.*
L. 1, § 2 (355).
— 1, §§ 5, 6, 7 (386).
— 5, § 13 (26).
— 8 (250, 655).
— 11, § 13 (69).
— 20 (386).
— 20, § 1 (386).
Lib. 43, tit. 26, *de precario.*
L. 1, § 1 (589).
— 1, § 2 (589).
— 2, pr. (466, 470).
— 2, § 1 (611).
— 2, § 2 (447, 611).
— 2, § 3 (174, 446, 447, 466, 470).
— 3 (470).
— 4, pr. (448).
— 4, § 1 (286).
— 4, § 2 (448).
— 4, § 3 (24).
— 5 (625).
— 6, § 1 (448).
— 6, § 2 (136, 143, 266, 270, 286).
— 6, § 3 (62).
— 6, § 4 (24, 287).
— 7 (69).
— 8, § 1 (722).
— 8, § 2 (626, 722).

PANDECTES.
Lib. 43, tit. 26, *de precario.*
L. 8, § 4 (449).
— 8, § 5 (449).
— 8, § 6 (449).
— 8, § 7 (449).
— 8, § 8 (27, 448).
— 11 (625).
— 12, pr. (447).
— 12, § 1 (448).
— 13 (448).
— 14 (447).
— 15, § 1 (470).
— 15, § 3 (447).
— 15, § 4 (164).
— 17 (396).
— 19, pr. (156).
— 19, § 2 (447, 714, 716).
— 22, pr. (24, 286, 590).
— 22, § 1 (447, 587, 646, 647).
— 32, § 1 (648).
Lib. 43, tit. 30, *de lib. exhib.*
L. 1, pr. (625).
— 3, § 3 (365).
Lib. 43, tit. 31, *utrubi.*
L. 1, pr. (386, 398, 403, 407, 621).
— 1, § 1 (398, 406, 407).
Lib. 43, tit. 32, *de migr.*
L. 1 § 2 (365).
Lib. 44, tit. 2, *de except. rei jud.*
L. 14, § 2 (659).
Lib. 44, tit. 3. *de div. tempor. præscr.*
L. 11 (448).
— 14, § 3 (398, 665).
Lib. 44, tit. 4, *de doli except.*
L. 2, § 5 (698).
— 4, § 28 (662).
— 4, § 31 (722).
Lib. 44, tit. 7, *de oblig. et act.*
Rubr. tit. (28).
L. 16 (282, 287, 294).
— 28 (86).
— 35, pr. (27).
— 37, § 1 (389).
— 44, § 1 (246, 247).

PANDECTES.
Lib. 45, tit. 1, *de verb. oblig.*
L. 38, § 7 (49, 64, 78).
— 38, § 8 (64).
— 75, § 7 (714).
Lib. 46, tit. 3, *de solut.*
L. 79 (199).
— 93, § 4 (81).
— 96, pr. (371).
— 98, § 8 (246).
Lib. 46, tit. 4, *de acceptil.*
L. 18, § 1 (68).
Lib. 47, tit. 2, *de furtis.*
L. 1, § 2 (350, 594).
— 1, § 3 (562).
— 12, § 1 (43, 432).
— 14, § 11 (447).
— 15, § 1 (43).
— 15, § 2 (78).
— 17, § 3 (641).
— 20, § 1 (43, 562).
— 25, pr. (717).
— 25, § 1 (715, 717).
— 43, § 1 (290).
— 46, § 3 (43).
— 48, § 5 (263, 560).
— 48, § 6 (560).
— 53, § 4 (420).
— 54, § 1 (347).
— 59 (78).
— 61, § 8 (562).
— 66, pr. (43, 562).
— 67 (688).
— 67, pr. (350, 594).
— 71 (310).
— 71, § 1 (43, 420, 451).
— 73 (310).
— 76, § 1 (43).
— 80, § 1 (562).
Lib. 47, tit. 3, *de tigno juncto.*
L. 1, § 1 (253).
— 1, § 2 (233).
— 2 (654).
Lib. 47, tit. 4, *si is qui test. lib.*
L. 1, § 15 (231, 508, 562, 564).

PANDECTES.
Lib. 47, tit. 8, *vi bonor. rapt.*
L. 2, § 18 (420).
— 2, § 22 (94, 420).
— 2, § 23 (420).
— 2, § 24 (420).
Lib. 47, tit. 9, *de incend.*
L. 7 (21, 84).
Lib. 47, tit. 10, *de injur.*
L. 5, pr. (51).
— 5, §§ 2-5 (210).
— 13, § 7 (485, 555).
Lib. 48, tit. 4, *ad leg. Jul. maj.*
L. 8 (55).
Lib. 48, tit. 5, *ad leg. Jul. de adult.*
L. 22, § 2 (210).
— 23, § 3 (210).
Lib. 48, tit. 6, *ad leg. Jul. de vi publ.*
L. 5, § 1 (21, 574).
Lib. 48, tit. 7, *ad leg. Jul. de vi priv.*
L. 7 (423).
Lib. 49, tit. 15, *de captiv.*
L. 12, § 2 (294, 564, 574, 714).
— 22, § 3 (294, 564).
— 29 (294, 564).
— 44, § 7 (564).
Lib. 50, tit. 9, *de decret. ab ord. fac.*
L. 1 (84).
Lib. 50, tit. 16, *de verb. sign.*
L. 13, § 2 (310).
— 33 (432).
— 49 (432).
— 63 (227, 623).
— 78 (83).
— 86 (484).
— 115 (182).
— 143 (627).
— 156 (398).
— 178, § 2 (86).
Lib. 50, tit. 17, *de reg. juris.*
L. 1 (391).
— 5 (233).
— 15 (624, 627).
— 23 (447, 449).
— 38 (27).
— 44 (27).

PANDECTES.
Lib. 50, tit. 17, *de reg. juris.*
L. 73, § 2 (386).
— 85, § 1 (643).
— 87 (35).
— 93 (105. 613).
— 118 (106).
— 133 (642).
— 153 (187, 313, 675, 695).
— 198 (310).

C. GODE.
Lib. 2, tit. 3, *de pactis.*
L. 20 (303).
— 28 (729).
Lib. 3, tit. 19, *ubi in rem act.*
L. 2 (21).
Lib. 3, tit. 37, *comm. div.*
L. 3 (320).
Lib. 3, tit. 39, *fin. reg.*
L. 4 (424).
Lib. 4, tit. 17, *ex delict. def.*
L. *unica* (27).
Lib. 4, tit. 19 *de probat.*
L. 16 (375, 376).
Lib. 4, tit. 27, *per quas pers.*
L. 1 (295).
Lib. 4, tit. 49, *de act. empti.*
L. 17 (366).
Lib. 4, tit. 65, *de loc. et cond.*
L. 23 (590, 591).
Lib. 4, tit. 66, *de jure emphyt.*
L. 1 (96, 97).
— 2 (97).
— 3 (97).
Lib. 5, tit. 41, *de præd. et al. reb. min.*
L. 13 (96).
Lib. 6, tit. 61, *de bonis quæ lib.*
L. 8, § 5 (319).
Lib. 7, tit. 16, *de lib. causa.*
L. 5 (21).
Lib. 7, tit. 32, *de poss.*
L. 1 (297, 299).
— 2 (69).
— 3 (236, 242, 301, 598, 648, 649).
— 4 (345, 681).

PANDECTES.
Lib. 7, tit. 32, *de poss.*
— 5 (363, 590, 591).
— 8 (10, 295).
— 10 (21, 120, 174, 614).
— 11 (416).
— 12 (357, 457, 689).
Lib. 7, tit. 69, *si de moment. poss.*
L. *unica* (521).
Lib. 8, tit. 1, *de interdictis.*
L. 3 (365, 696).
Lib. 8, tit. 4, *unde vi.*
L. 1 (14, 561).
— 2 (366, 437).
— 4 (366, 430).
— 5 (454).
— 7 (423).
— 8 (454).
— 9 (432).
— 10 (423).
— 11 (453, 455).
Lib. 8, tit. 5, *si per vim.*
Rubr. tit. (437).
L. 1 (136, 437, 456).
Lib. 8, tit. 6, *uti possidetis.*
L. *unica* (395, 559, 699).
Lib. 8, tit. 9, *de precario.*
L. 2 (449).
Lib. 8, tit. 14, *de pignoribus.*
L. 3 (664).
Lib. 8, tit. 17, *quæ res pignori.*
L. 2 (635).
Lib. 8, tit. 22, *de præt. pign.*
L. 2 (664).
Lib. 8, tit. 26, *de remiss. pign.*
L. 7 (635).
Lib. 8, tit. 54, *de donationibus.*
L. 1 (202, 551).
— 26 (232, 242, 301, 647, 649).
— 28 (305).
— 33 (636).
— 35, § 5 (305).
Lib. 8, tit. 55, *de donat. quæ sub modo.*
L. 2 (649).
Lib. 11, tit. 47, *de agricolis.*
L. 14 (401).

PANDECTES.
Lib. 11, tit. 61, *de fundo patrim.*
L. 12 (97).
Lib. 11, tit. 62, *de mancip. et col.*
L. 2 (97).

PANDECTES.
Lib. 12, tit. 2, *de prætor.*
L. 1 (637).

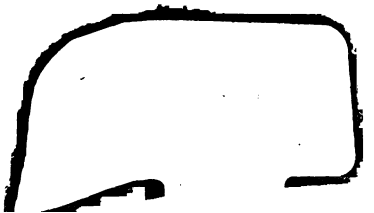
III. — *Sources postérieures à Justinien.*

A. CORPUS JURIS CANONICI.

1. DECRETUM GRATIANI.
C. 3, c. 2, q. 2 (497).
C. 4, c. 2, q. 2 (497).
C. 5, c. 2, q. 2 (497).
C. 6, c. 2, q. 2 (497).
C. 1, c. 3, q. 1 (497).
C. 2, c. 3, q. 1 (497).
C. 3, c. 3, q. 1 (498-502, 503).
C. 4, c. 3, q. 1 (497).
2. DECRETALES GREGORII IX.
Lib. 1, tit. 6, *de electione.*
C. 24 (728).
Lib. 2, tit. 10, *de ord. cogn.*
C. 2, 4 (505).
Lib. 2, tit. 13, *de rest. spol.*
C. 8 (495).
DECRETALES GREGORII IX.
Lib. 2, tit. 13, *de rest. spol.*
C. 10 (495, 496).
C. 13 (495, 496).
C. 14 (728).
C. 18 (505).
Lib. 2, tit. 19, *de probat.*
C. 9 (168, 376, 503, 519).
3. LIBER SEXTUS DECRETALIUM.
Lib. 2, tit. 5, *de rest. spol.*
C. 1 (504).
C. 2 (494).

B. LÉGISLATION DE L'EMPIRE D'ALLEMAGNE.

Ord. Cam., p. 2, tit. 21, § 3 (513).
Conc. Ord. Cam., p. 2, tit. 22, §§ 4, 5 (513).

ERRATA.

P.	26,	ligne	1	des notes,	lisez :	L. 1, § 3,	au lieu de :	L. 1, § 8.
»	97,	»	1	»	»	*de legatis* I,	»	*de lege Jul.*
»	251,	»	7	»	»	§ 6, 7 *de rei vindic.*,	»	§ 6, 7.
»	299,	»	4	»	»	L. 4, § 6,	»	L. 5, § 6.
»	415,	»	3	»	»	L. 1, *cod.*,	»	L. 1, C. *cod.*
»	441,	»	1	»	»	§ 151,	»	§ 51.
»	448,	»	4	»	»	L. 4, pr.,	»	L. 5, pr.
»	559,	»	7	»	»	L. 8, *si pars.*,	»	L. 9, *si pars.*